
3 2044 103 178 885


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

IV

A. CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE

THÉORIE
DU
CODE PÉNAL

SIXIÈME ÉDITION ANNOTÉE

PAR

EDMOND VILLEY
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

ET AUGMENTÉE D'UN SUPPLÉMENT
contenant la législation et la jurisprudence nouvelles

PAR

E. MESNARD
Ancien Procureur de la République, Président de Chambre à la Cour de Poitiers

TOME QUATRIÈME

PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL & BILLARD
MARCHAL & GODDE, Successeurs
ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
27, Place Dauphine, 27

1887-1908

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

CHAPITRE XLVII.

DES MENACES.

(*Commentaire des art.* 305, 306, 307, 308 *et* 436 *du Code pénal.*)

1310. Les simples menaces verbales, sans ordre ni condition, ne constituent aucun délit.
1311. Elles ne sont punissables que lorsqu'elles sont faites par écrit ou accompagnées d'ordre ou de condition.
1312. Éléments légaux du délit prévu par les art. 305 et 436.
1313. Il importe peu que la menace ait été faite avec ordre de faire ou de ne pas faire.
1314. Les menaces prévues par l'art. 344 forment une exception aux règles de l'art. 305.
1315. Pénalité appliquée à ce crime dans le droit ancien et dans le droit nouveau.
1316. Loi du 13 mai 1863. Modification aux pénalités des articles 305 et 306.
1317. De la menace écrite sans ordre ni condition (art. 306).
1318. De la menace verbale avec ordre ou condition (art. 309).
1319. Faculté de prononcer la surveillance de la haute police (aujourd'hui l'interdiction de résidence) (art. 308).
1320. L'art. 308, introduit par la loi du 13 mai 1863, punit les menaces de voies de fait ou violences autres que celles prévues par l'art. 305, mais avec ordre ou condition.
1321. Cas de menaces non prévus par les art. 305, 306, 307 et 436.

1310. La loi pénale n'a rangé les *menaces* dans la catégorie des délits ou des crimes, que lorsqu'elles révèlent la résolution arrêtée et sérieuse de commettre un attentat contre les personnes. C'est en les considérant sous ce point de vue, qu'elle les a placées, dans l'ordre des crimes, entre l'homicide et les blessures volontaires.

Ainsi la simple menace verbale, proférée dans un moment de colère, ne constitue aucun délit ; car ce n'est pas la parole, l'injure que la loi punit, mais la résolution criminelle ; et cette sorte de menace, toujours vague et irréfléchie, n'en indique aucune. « A l'égard des menaces verbales qu'aucun ordre ni condition n'auront accompagnées, disait M. Faure dans l'exposé des motifs du Code, nulle peine n'est établie. On a considéré qu'étant dénuées de tout intérêt, elles peuvent être le résultat d'un mouvement subit produit par la colère, et dissipé bientôt par la réflexion. » M. Monseignat répétait à peu près les mêmes termes dans son rapport au Corps législatif : « La simple menace verbale, qui n'a pas le caractère distinctif de préméditation ou d'intention criminelle, n'est soumise à aucune peine ; elle est regardée comme une jactance insignifiante, éphémère et sans conséquence, de la vivacité ou de l'irréflexion. » La jurisprudence s'est toujours conformée à cette règle [1].

1311. La menace révèle une résolution criminelle lorsqu'elle est faite par écrit, ou qu'elle est accompagnée d'un ordre ou d'une condition. En effet, dans l'un ou l'autre cas, elle n'a point été légèrement proférée, elle a été réfléchie ; elle a pris dès lors un caractère sérieux qui peut inspirer une juste alarme, et la justice sociale peut légitimement intervenir pour prévenir l'exécution d'un crime. « La peine frappe le crime, dit M. Rossi, avant tout acte d'exécution, même avant tout acte préparatoire ; car certes la menace n'en est pas un, surtout lorsqu'elle n'est accompagnée d'aucun ordre ni condition ; elle le frappe parce qu'on estime avoir une preuve maté-

1. Cass., 9 janv. 1818, Bull. n. 5. — * * Cass., 22 août 1872 ; Bull. n. 226.

rielle et suffisante, donnée par le coupable lui-même, d'une résolution criminelle et sérieuse [1]. » L'exposé des motifs du Code déclare dans ce sens que « de telles menaces, lorsqu'elles sont écrites, annoncent un dessein prémédité de faire le mal. Le plus souvent l'écrit où elles se trouvent contient un ordre quelconque : par exemple de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué. La personne menacée est dans une situation d'autant plus critique, qu'elle ne peut pas se mettre continuellement en garde, et qu'elle craint toujours que, si elle n'obéit point à l'ordre, tôt ou tard, et au moment où elle y songera le moins, elle ne finisse par être victime du crime dont elle est menacée. La terreur que ces menaces inspirent ne nuit pas seulement à la tranquillité de la personne qui en est l'objet, elle est partagée par beaucoup d'autres qui redoutent pour eux le même sort. Ce que nous venons d'observer trouve également son application si l'écrit, au lieu de contenir l'ordre de déposer une somme, contient celui de remplir une condition quelconque : en ce dernier cas, il y a toujours violence, et violence préméditée, avec dessein d'obtenir ce qu'on n'a pas le droit d'exiger. » Cependant la loi ne punit pas toutes les menaces, lors même qu'elles sont faites par écrit, ou accompagnées d'un ordre ou d'une condition : elle n'intervient que lorsque la menace contient l'annonce d'un danger grave pour la personne à qui elle est adressée.

1312. L'art. 305 est ainsi conçu : Quiconque aura menacé, par écrit anonyme ou signé, d'assassinat, d'empoisonnement ou de tout autre attentat contre les personnes qui serait punissable de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, sera, dans le cas où la menace aurait été faite avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué, ou de remplir toute autre condition, puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de

1. Traité de droit pénal, t. 2, p. 257. — * * A notre avis, la loi frappe la menace, non à cause de la résolution criminelle qu'elle révèle, et que la société n'a pas qualité pour punir, mais à cause du trouble social qui résulte de la menace elle-même.

150 à 1000 fr. » L'art. 436 a ajouté à cette disposition : « La menace d'incendier une habitation ou toute autre propriété sera punie de la peine portée contre la menace d'assassinat, et d'après les distinctions établies par les art. 305, 306 et 307. »

La première condition de cette incrimination est que la menace ait été faite *par écrit*; c'est dans cet écrit surtout qu'est la preuve d'un dessein prémédité, et par conséquent d'une résolution criminelle. La loi, du reste, ne fait aucune différence entre l'écrit anonyme et celui qui porte une signature. L'alarme, dans les deux cas, est la même et le projet criminel en résulte également.

La deuxième condition est qu'il y ait menace d'un attentat contre les personnes, passible soit de la peine de mort, soit de celle des travaux forcés à pérpétuité, soit de la déportation. La menace d'incendie ne rentrerait elle-même dans les termes de cet article qu'autant que l'incendie pourrait être puni de l'une des mêmes peines, car l'art. 436 assimile cette menace à celle de l'assassinat, et renvoie, en les adoptant, aux règles établies par l'art. 305. Il y a lieu de remarquer, au surplus, avec la Cour de cassation « que si l'art. 305 ne frappe que les menaces sous condition d'un attentat punissable de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, la loi n'exige pas qu'elle soit faite dans les termes mêmes par lesquels elle a caractérisé le délit; que pour être déguisée sous des expressions plus ou moins vagues, elle ne perd rien de sa gravité et n'en produit pas moins son effet; et que les juges ont à cet égard un pouvoir d'interprétation qui leur permet de rechercher le véritable sens du propos qui leur a été dénoncé et d'en déterminer la portée [1]. » Cette décision a été rendue dans une espèce où le prévenu avait proféré cette menace : « Tu sauras ce que c'est de moi » ; et la Cour de Douai, après avoir rappelé ces paroles, avait déclaré que, dans le pays où elles avaient été proférées, de pareilles menaces sont significatives et mettent constamment en péril la vie des propriétaires et des fermiers. La Cour de cassation a

1. Cass., 19 déc. 1863, Bull. n. 302.

déclaré « qu'en expliquant ainsi le propos incriminé, les juges du fait ont usé du droit d'appréciation qui leur appartient ; qu'il n'est pas établi qu'ils en aient dénaturé le sens et la portée et qu'il est suffisamment exprimé qu'il s'agissait d'une menace de mort. »

1313. Enfin, il faut que la menace ait été faite avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué, ou de remplir toute autre condition. On a élevé la question de savoir si la menace avec ordre *de ne pas faire, de s'abstenir*, rentrait dans les termes de la loi. La négative peut s'appuyer sur ces termes qui semblent indiquer l'ordre de faire, le commandement, et non l'ordre de ne pas faire ou la défense, et sur ce que la menace avec défense de faire est la moins grave de toutes les menaces, puisqu'elle n'entraîne aucun péril prochain ou imminent. Mais la Cour de cassation a déclaré en règle générale : « que la menace faite sous condition comprend, dans la généralité de ses termes, la menace sous condition de ne pas faire, de s'abstenir, comme celle de faire [1]. » Nous ne voyons aucune raison solide de ne pas adopter cette opinion. Il importe peu, en effet, que l'ordre donné prescrive ou défende de faire une chose ; dans l'une et l'autre hypothèse, il y a atteinte portée soit à la propriété, soit à la liberté d'autrui, et par conséquent un droit égal à la protection de la loi. Toutefois la Cour de Bordeaux a pu juger, dans des circonstances particulières, que ces paroles : *Si tu avances, je te tue*, ne sont pas constitutives d'une menace sous condition [2]. C'est plutôt là, en effet, une menace pure et simple qu'une menace sous condition ; ou du moins cette condition, suggérée par la passion du moment, ne révèle point une détermination fermement arrêtée à l'avance.

1314. Les trois conditions dont la réunion peut seule constituer le délit prévu par l'art. 305 sont donc celles-ci : il est nécessaire que la menace ait été faite par écrit, qu'elle

1. Cass., 1er fév. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 28 ; V. aussi arr. Bordeaux, 27 fév. 1834, *ibid.*, p. 135.

2. Arr. Bordeaux, 15 avril 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p. 220.

annonce un attentat passible au moins de la peine de la déportation, enfin qu'elle soit accompagnée d'un ordre ou d'une condition [1]. Le concours de ces trois circonstances est indispensable pour que la menace rentre dans les termes de cet article [2]. Toutefois le Code pénal paraît formuler une exception à cette règle, lorsqu'il prononce, dans son art. 344, la peine des travaux forcés à perpétuité pour le cas où un individu arrêté, détenu ou séquestré, *a été menacé de la mort*, tandis que la séquestration, isolée de cette menace, n'est punie que des travaux forcés à temps. Mais les circonstances où une telle menace est faite lui impriment un caractère distinct, celui d'une violence, d'une torture morale sur une personne sans défense ; c'est cette violence, réunie au crime de la séquestration arbitraire, que la loi punit, plutôt que la résolution criminelle que

1. * * Faut-il que la menace ait été adressée directement à la personne menacée? Un arrêt de la Cour suprême du 20 juillet 1882 (Bull. n. 181) a résolu la question négativement : « attendu que les art. 305 et 306 du Code pénal s'appliquent d'une manière générale à quiconque aura menacé, par écrit anonyme ou signé, d'assassinat, d'empoisonnement ou de tout autre attentat contre les personnes qui serait punissable de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, sans qu'il y ait à distinguer si l'écrit contenant les menaces a été adressé directement à la personne menacée ou à des tiers ». L'arrêt ajoute « qu'en admettant, comme le soutient le pourvoi, que les art. 305 et 306 du Code pénal ne doivent recevoir leur application que lorsque l'écrit contenant les menaces de mort était destiné, dans les prévisions de son auteur, à parvenir à la connaissance de la personne menacée, cette condition se rencontrerait dans l'espèce de l'arrêt attaqué ; qu'en effet, les menaces de mort par écrit visant M. X., juge d'instruction, étaient insérées dans deux lettres adressées, l'une au ministre de l'intérieur, l'autre au ministre de la justice, supérieur hiérarchique de la personne menacée ; que, par ces lettres, N. sollicitait une enquête sur des faits par lui allégués, enquête qui, si elle eût été ordonnée, devait nécessairement entraîner la communication desdites lettres à celui contre lequel les menaces de mort étaient dirigées. » — De la question d'espèce nous ne dirons rien ; mais le principe posé d'abord par cet arrêt ne nous paraît pas en harmonie avec la pensée du législateur quand il a établi des peines contre les menaces (V. *suprà*, p. 3). — Comp. Toulouse, 5 avril 1873 ; S. 73. 2. 205.

2. V. conf. Cass., 3 nov. 1848, Bull. n. 260.

la menace seule et dépourvue de condition ne suffit pas pour indiquer.

Il faut, au reste, discerner, dans les faits prévus par les art. 305 et 436, la menace écrite, qui est passible, aux termes de l'article 306, d'un emprisonnement d'un à trois ans, et le fait d'avoir apposé à cette menace un ordre ou une condition, qui constitue une circonstance aggravante. Cette distinction serait essentielle dans la position des questions au jury, parce que le fait principal et la circonstance aggravante doivent faire l'objet de deux questions distinctes [1].

1315. La peine infligée par l'article 305 était, dans le Code de 1810, celle des travaux forcés à temps : cette peine était extrêmement sévère, car, en punissant les menaces, la loi ne frappe pas encore un acte d'exécution du crime, elle n'en punit que le projet. On lit dans l'exposé des motifs ces mots : « Quel que soit l'ordre, la loi punit le crime de la même peine que le vol avec violence. N'est-ce pas, en effet, un crime semblable ? » Cette analogie ne nous paraît pas exacte. L'audace de l'agent n'est pas la même ; il y a loin de la menace, même conditionnelle, à l'exécution : le péril est également beaucoup moindre, car on peut se dérober à des menaces. La menace n'est que l'indice d'une résolution criminelle que le législateur a raison de prévenir, mais qu'il ne doit frapper que d'une peine modérée, parce que la résolution qu'elle suppose est encore incertaine, et que la menace elle-même n'en est qu'une preuve souvent équivoque.

Cependant, dans notre ancien droit, la jurisprudence des parlements se montrait fort rigoureuse sur ce point : nous trouvons, en effet, plusieurs arrêts qui condamnent aux galères perpétuelles des individus convaincus d'avoir écrit des lettres anonymes portant menace de tuer, si les personnes n'envoyaient pas telle somme à un endroit désigné [2]. Jousse pré-

1. Cass., 3 nov. 1848, Bull. n. 260 ; 20 déc. 1850, Bull. n. 428.

2. Arr. parl. de Bourgogne du 21 mai 1675 ; Taisant, sur la cout. de Bourg., tit. 1er, art. 5, n. 7 ; arr. parl. Paris, 8 janv. 1690.

tend même qu'il y a des exemples de particuliers qui ont été condamnés à mort pour de pareilles menaces ; ce qui a lieu, ajoute-t-il, dans le cas où ces menaces sont réitérées et s'adressent à un grand nombre de personnes[1]. Cet auteur rapporte toutefois un arrêt qui n'a prononcé, dans ce cas même, que la peine de trois ans de galères[2]. Les menaces sans condition, et faites dans un moment de colère, n'étaient punies que d'une amende [3]. La loi anglaise, soit que les menaces faites sous condition soient qualifiées par elle d'attentat contre la personne, ou d'imputation calomnieuse, prononce une peine qui peut varier, suivant la volonté du juge, depuis un court emprisonnement jusqu'à la transportation à vie[4]. Les autres législations, et notamment les lois pénales de Naples et le Code du Brésil, ne portent qu'une peine d'emprisonnement, qui, dans la première de ces lois ne peut excéder cinq ans, dans la seconde six mois de durée. Le Code pénal de l'empire d'Allemagne ne prononce qu'un emprisonnement de six mois ou une amende de cent thalers (art. 241).

1316. La loi du 13 mai 1863 a atténué les pénalités des art. 305 et 306. On lit dans l'exposé des motifs :

« En comparant les art. 305 et 306, on remarquera que, dans l'un et dans l'autre, c'est la menace accompagnée d'ordre ou de condition, verbale dans celui-ci, écrite dans celui-là ; c'est toute la différence : quelle distance entre les peines ! Celle des travaux forcés à temps, infligée à la menace écrite, fut toujours considérée comme extrêmement sévère. Quand on réfléchit que c'est la peine du viol, du vol avec violences et d'autres grands crimes, on s'étonne de la voir appliquée à ce qui n'est après tout que la menace d'un crime. Les circonstances du temps où la loi fut faite peuvent expliquer en partie cette sévérité. Les mœurs gardaient encore des habitudes de violence dont la trace est visible dans quelques incriminations du Code ; les menaces d'attentat inspiraient de justes alarmes. Il faut bien reconnaître qu'elles n'ont plus la même importance aujourd'hui ; elles restent en général à l'état de menaces, sans danger pour la sécurité publique, et n'aboutissent le plus souvent qu'à livrer leurs au-

1. Traité des mat. crim., t. 4, p. 221.
2. Arr. 7 déc. 1746, t. 3, p. 587.
3. Arr. parl. de Dijon du 22 sept. 1700, Dugeard, t. 2, p. 49.
4. 7 et 8 Georg. IV, C. 29, § 7. — 4 Georg. IV, C. 55, § 3.

teurs aux mains de la justice. Le résultat des poursuites montre mieux encore que cette infraction a singulièrement perdu de sa gravité : les acquittements sont nombreux, les condamnations presque toujours modifiées par les *circonstances atténuantes* ; et les Cours, en abaissant la peine de deux degrés, s'associent manifestement aux appréciations du jury. »

La loi du 13 mai 1863 a d'ailleurs ajouté dans l'art. 305 aux peines d'emprisonnement et d'amende qu'elle a édictées les deux dispositions suivantes : « Le coupable pourra en outre être privé des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine. Le coupable pourra être mis aussi sous la surveillance de la haute police, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à dater du jour où il aura subi sa peine [1].

1317. Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que du délit prévu par l'art. 305, c'est-à-dire des menaces faites par écrit et portant ordre ou condition. Mais il peut arriver ou que les menaces par écrit ne portent aucune condition, ou que, conditionnelles, elles soient en même temps faites verbalement ; ces deux hypothèses font l'objet des art. 306 et 307.

L'art. 306 est ainsi conçu : « Si cette menace n'a été accompagnée d'aucun ordre ou condition, la peine sera d'un emprisonnement d'une année au moins et de trois ans au plus, et d'une amende de cent francs à six cents francs [2]. » Cette atténuation du délit et de la peine est expliquée par l'exposé des motifs : « Lorsque la menace écrite n'a été accompagnée d'aucun ordre ou condition, on ne peut l'attri-

1. * * La surveillance de la haute police est abolie et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement avant sa libération (loi du 27 mai 1885, art. 19).

2. * * Jugé qu'aucune disposition de la loi du 29 juillet 1881 n'a attribué à la Cour d'assises la connaissance du délit de menaces d'attentats contre les personnes, prévu par l'art. 306 du Code pénal, dans le cas où il serait commis par la voie de la presse, et que c'est en conséquence à la juridiction correctionnelle qu'il appartient d'en connaître. (Cass., 8 février 1884 ; Bull. n° 33).

buer qu'au désir de répandre l'effroi, sans aucun but de s'approprier le bien d'autrui. Le coupable doit être puni, mais il ne le sera que des peines de police correctionnelle. Ce délit est en effet bien moins grave que le premier. »

1318. L'art. 307 prévoit la seconde hypothèse : « Si la menace faite avec ordre ou sous condition a été verbale, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de vingt-cinq francs à trois cents francs. » Les menaces verbales sont moins punies que les menaces écrites, parce que, le coupable agissant plus à découvert, il est moins difficile de se mettre en garde contre lui ; que dès lors elles excitent une crainte moins forte, et que, d'un autre côté, la préméditation n'est pas nécessairement attachée aux menaces verbales comme elle l'est aux menaces écrites. Il n'y a pas lieu de distinguer d'ailleurs, pour incriminer les menaces, si l'ordre était juste ou injuste, si la condition était préjudiciable ou non, pourvu que l'intention fût coupable : c'est la violence que la loi punit indépendamment de ses motifs, c'est l'oppression injustement exercée sur la personne menacée. Il a été jugé dans ce sens : « que l'art. 307, non plus que l'art 305 auquel il se rattache, n'exige point, pour que la menace avec ordre ou sous condition soit punie, que l'ordre donné soit injuste et que la condition soit préjudiciable au droit de celui à qui la menace est adressée ; qu'on ne pourrait admettre une telle restriction sans méconnaître le caractère du délit ; qu'en effet, quoique dans certains cas il puisse être considéré comme une sorte d'extorsion, il est cependant classé par le Code pénal parmi les délits contre les personnes ; qu'il porte atteinte à la liberté et à la sécurité des citoyens ; qu'il ne saurait dépendre du plus ou moins de fondement du droit dont l'exercice serait troublé par la menace ; qu'il n'est jamais permis de se faire justice à soi-même, et que la menace qui révèle l'intention de recourir au crime doit être réprimée pour le prévenir ; que sans doute, si l'auteur de la menace n'y a eu recours que pour la défense d'un droit légitime, il peut y avoir là un motif d'atténuation du délit ; que même, suivant les circonstances, les tribunaux peuvent être conduits à ne pas reconnaître

chez l'auteur de la menace l'intention coupable, condition nécessaire de tous les délits; mais qu'il ne s'agit pas d'une appréciation morale, mais d'une distinction à introduire dans l'art. 307, qui n'est pas dans son texte et que son esprit repousse [1]. »

1319. Les art. 306 et 307 ajoutent : « Dans ce cas, comme dans celui de l'article précédent, la peine de la surveillance pourra être prononcée contre le coupable [2]. » Cette peine accessoire, commune aux trois cas prévus par les art. 305, 306 et 307, est ici purement facultative ; elle ne doit s'étendre qu'aux agents dont les menaces ont laissé percer une résolution criminelle arrêtée. « Cette faculté laissée aux juges, porte l'exposé des motifs, leur impose le devoir d'examiner jusqu'à quel point ces individus sont dangereux, soit par leur vie habituelle, soit par leurs liaisons. » Ce n'est donc que pour les cas où les prévenus sont reconnus des agents dangereux, que le législateur a édicté comme garantie la surveillance de la police.

1320. L'article 308 est un article nouveau qui ne figurait pas dans le projet et qui est dû à l'initiative de la Commission du Corps législatif. On lit dans son rapport :

Nous avons dit que les menaces écrites ou verbales ne sont punissables que si elles portent sur des attentats qui seraient punis eux-mêmes d'une peine perpétuelle ; il suffit donc, pour échapper à toute peine, d'entourer la menace d'une forme un peu vague, ou de ne la faire porter que sur un fait qui ne soit puni que d'une peine correctionnelle. Or, pense-t-on qu'un homme menacé, par exemple, d'être roué de coups ou d'être souffleté publiquement, s'il ne se soumet pas à telle ou telle exigence, ne puisse éprouver un trouble sérieux, et ne convient-il pas même dans ces cas de lui offrir la protection de la loi ? Si on la lui refuse, il ne la demandera qu'à lui-même, il portera des armes, et de graves accidents pourront quelquefois s'ensuivre. Nous avons cru qu'une disposition nouvelle était nécessaire, et nous l'avons proposée. Elle punit toutes les menaces écrites ou verbales portant sur d'autres faits que ceux prévus par l'art. 305 ;

1. Cass., 18 sept. 1851, Bull. n. 390.
2. * * V. *suprà*, p. 9, n. 1.

mais pour éviter d'incriminer de simples paroles irréfléchies, échappées à un mouvement de vivacité ou de colère, elle exige que la menace ait eu lieu pour exercer une contrainte, c'est-à-dire qu'elle ait été faite avec ordre ou avec condition. Les tribunaux apprécieront les circonstances diverses de nature à établir que cette menace n'était pas une vaine jactance, qu'elle avait pour but et qu'elle était capable d'intimider sérieusement la personne qui en était l'objet. La peine de six jours à six mois d'emprisonnement permettra dans tous les cas de laisser la répression de la menace au-dessous de la peine qui serait applicable au fait dont on aura menacé, si ce fait s'était accompli.

Voici le texte de l'art. 308 :

« Art. 308. Quiconque aura menacé, verbalement ou par écrit, de voies de fait ou violenees non prévues par l'art. 305, si la menace a été faite avec ordre ou sous condition, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 16 à 100 fr., ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Cette disposition remplit une lacune de la loi pénale. Il n'y a plus que les menaces verbales ou écrites, mais sans ordre ni condition, qui, lorsqu'elles sont en dehors de l'art. 306, échappent à la loi pénale. Le législateur a pensé avec raison que de telles menaces n'avaient pas un caractère assez sérieux pour être saisies, si ce n'est à titre d'injures.

1321. Le Code pénal a prévu quelques cas de menaces en dehors de ceux que nous venons de parcourir : ainsi l'article 179 punit la contrainte exercée sur un fonctionnaire par voies de fait ou *menaces*; les articles 223 et 224 punissent les outrages par gestes ou *menaces* envers un magistrat ou un officier ministériel. Dans ces divers cas, de même que dans celui de l'article 344 que nous avons déjà mentionné, la menace est considérée soit comme une injure, soit comme une voie de fait ; elle aggrave le délit qu'elle accompagne, elle ne forme point un délit distinct ; les conditions d'incrimination établies par l'article 305 ne lui sont donc point applicables. Mais il n'en est point ainsi de l'article 436, dont la disposition, complément des articles 305, 306 et 307, est soumise aux règles qui dominent ces articles. On ne doit

point, au surplus, considérer comme des menaces les avis mensongers et alarmants qui seraient donnés, même par écrit, d'un complot imaginaire d'incendie : il a été reconnu « que de telles lettres, quelque répréhensible que soit le sentiment de malveillance qui les a dictées, ne présentent point le caractère de criminalité spécifié par les articles 305 et 436 du C. pén. [1]. »

1. Cass., 17 nov. 1848, Bull. n. 284.

CHAPITRE XLVIII.

DES COUPS ET BLESSURES VOLONTAIRES.

(*Commentaire des art.* 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315 *et* 316 *du Code pénal.*)

1322. Division de cette matière.
1323. Difficultés qu'elle présente pour saisir chaque nuance de culpabilité.
1324. Système du Code pénal de 1810 dans la répression des coups et blessures.
1325. Examen et appréciation de ce système.
1326. Division des coups et blessures en quatre classes.
1327. Incrimination des voies de fait et violences légères. Application des lois des 22 juillet 1791 et 3 brum. an IV.
1328. L'art. 10 de la loi du 19-22 juillet 1791 et l'art. 605 du Code du 3 brumaire an IV ont-ils été abrogés par la loi du 13 mai 1863 ?
1329. Les coups et blessures qui n'ont occasionné ni maladie ni incapacité de travail rentrent dans les termes de l'art. 311.
1330. Conditions d'application de cet article.
1331. Motifs de l'atténuation pénale autorisée par l'art. 311.
1332. Coups et blessures qui ont occasionné une maladie ou incapacité de travail pendant plus de vingt jours (art. 309).
1333. Texte et motifs de l'art. 309. Addition faite par la loi du 13 mai 1863. Motifs de cette addition.
1334. Appréciation des modifications faites à l'art. 309 par la loi du 13 mai 1863.
1335. Ce qu'il faut entendre par *coups* dans le sens de la loi pénale.
1336. Les coups doivent avoir été portés ou les blessures faites volontairement. Ce qu'il faut entendre par la volonté.
1337. Cette volonté peut-elle se constater par des équivalents ?
1338. Elle peut exister même lorsque le coup destiné à une personne en a atteint une autre.
1339. Circonstance aggravante résultant de la maladie ou de l'incapacité de travail.
1340. Que faut-il entendre par cette incapacité de travail ? S'agit-il d'un travail habituel ou d'un travail personnel ?
1341. Le travail personnel doit s'entendre du travail corporel de la personne.
1342. Les cicatrices d'une blessure et même la mutilation d'une partie du corps ne constituent pas par elles-mêmes une incapacité.

1322. Les matières contenues dans la section 2 du chapitre 1er du titre du Code sur les crimes et délits contre les particuliers, quoiqu'elles aient également pour objet les violences volontaires contre les personnes, ne sont point complétement homogènes, et une méthode exacte eût exigé qu'elles fussent divisées ; aussi, tout en nous asservissant à l'ordre du Code, nous avons dû adopter ici une classification plus exacte. Au lieu de réunir dans le même chapitre les délits qu'il a réunis

dans la même section, comme ces délits se divisent par leur nature distincte en trois classes différentes, nous en ferons l'objet de trois chapitres successifs.

Le premier traitera des coups ou blessures volontaires;

Le deuxième (le chapitre XLIX), de l'avortement et de l'emploi de substances nuisibles à la santé;

Le troisième (le chapitre L), de la fabrication, du débit et de l'usage des armes prohibées.

1323. L'incrimination des voies de fait, des violences, des coups et des blessures, portés volontairement, mais sans intention de donner la mort, présente de graves difficultés. La loi, en effet, ne possède que peu d'éléments pour distinguer ces actes d'après leur criminalité relative; car, d'un côté, la gravité des violences ou des blessures dépend de mille causes qui ne peuvent souvent être imputées à leur auteur, et l'intention de celui-ci n'est qu'imparfaitement révélée par le résultat matériel. En cette matière, les règles générales sont fausses dans la plupart des cas parce que les actions diffèrent sans cesse, et les distinctions sont presque impossibles, parce qu'il faudrait les multiplier à l'infini.

Le législateur semble avouer lui-même son impuissance: « Il est difficile, disait l'orateur du Corps législatif, d'apprécier dans cette partie la juste mesure de la gravité du crime et de la perversité de son auteur; le nombre des peines est borné, les nuances des crimes sont aussi variées que celles des caractères. Il y a dans cette matière beaucoup à dire et beaucoup à supposer; il ne faudrait rien laisser à supposer, et il est impossible de tout dire. Dans cette pénible alternative, commandée par la nature du sujet et les bornes de l'esprit humain, il faut poser quelques jalons sur une route impossible à tracer, et rattacher les espèces et leurs innombrables variétés à quelques points fixes, à quelques principes généraux; les juges feront le reste. »

1324. La loi peut suivre deux systèmes pour arriver à cette répression. Le premier consiste simplement à établir telle peine contre les blessures *graves*, et telle autre contre les blessures *légères*, en abandonnant aux juges du fait le soin d'apprécier quelles blessures sont graves, quelles sont légères.

Telle a été la méthode suivie par le Code d'Autriche : ce Code se borne à distinguer les blessures et les lésions graves, celles qui ont mis la vie en danger, et enfin les violences très graves ; à chacun de ces degrés correspond la peine de six mois à un an de prison, d'un à cinq ans de la même peine, et d'un à cinq ans de prison dure ; mais aucun des articles du Code ne définit les caractères de chaque espèce de blessures; c'est au juge à les apprécier. Le Code pénal de l'empire d'Allemagne (art. 223) prévoit également les *lésions corporelles* volontaires et laisse aux juges à graduer la peine (jusqu'à trois ans d'emprisonnement) suivant le dommage plus ou moins considérable causé à la santé [1].

Dans un deuxième système, le contraire de celui-là, la loi, restreignant les attributions du juge, descend du genre aux espèces, parcourt les différentes mutilations que peuvent causer les blessures, et spécifie celles qu'elle considère comme plus ou moins graves. Cette méthode était celle que le Code de 1791 avait suivie : d'après ce Code, la peine était de deux ans de détention lorsque, par l'effet des blessures, la personne maltraitée avait été rendue tout à fait incapable de vaquer pendant plus de quarante jours à aucun travail corporel ; elle était de trois années, si cette personne avait eu un bras, une jambe ou une cuisse cassée ; elle était de quatre années, si cette personne avait perdu l'usage absolu soit d'un œil, soit d'un membre, ou éprouvé la mutilation de quelque partie de la tête ou du corps ; enfin, la peine était de six années de fers, lorsque cette personne s'était trouvée privée de l'usage absolu de la vue ou de l'usage absolu des deux

1. * * Toutefois l'art. 224 de ce Code prévoit le cas où les coups et blessures ont occasionné la perte d'un membre important, de la vue, même d'un œil seulement, de l'ouïe, de la parole ou de la faculté génératrice, ou si la personne lésée a été défigurée d'une manière grave et permanente, ou si elle est tombée dans un état de langueur, de paralysie ou d'affection mentale, et il prononce la réclusion pendant 5 ans au plus ou un emprisonnement qui ne pourra être au-dessous d'un an ; et l'art. 225 prononce la réclusion de deux à dix ans « si le coupable a agi avec le dessein prémédité d'occasionner les lésions énoncées en l'article précédent ».

bras et des deux jambes[1]. C'est ainsi que l'Assemblée constituante, entraînée par le désir de graduer le châtiment du coupable sur les degrés des souffrances de la victime, avait, pour ainsi dire, fractionné le corps humain et tarifé la privation de chacune des parties qui le composent[2]. Mais si ce système, par la multiplicité de ses distinctions, évite l'immense inconvénient du premier, l'arbitraire dans les jugements, il tombe dans un péril non moins grave, en prenant, dans chaque cas, le résultat matériel de la blessure comme base unique de la peine. Ce résultat ne peut exprimer la valeur morale de l'action qu'en se combinant avec la volonté. En ne prononçant que des peines fixes, que le juge n'avait aucun moyen de proportionner à la gravité réelle de l'acte, le Code de 1791 n'avait établi qu'un système répressif faux et injuste.

La pensée du législateur de 1810 a été de se placer entre ces deux systèmes, d'éviter à la fois les termes trop vagues du premier, les détails trop minutieux et les distinctions trop précises du second. Le Code pénal a séparé les coups et les blessures en deux catégories distinctes, comme le Code d'Autriche ; mais, au lieu de laisser cette distinction à l'arbitraire du juge, il en a fixé la base dans la durée de la maladie ou de l'incapacité de travail qui est résultée des blessures. Les coups et les blessures qui ont occasionné une maladie ou incapacité de travail pendant plus de vingt jours sont qualifiés *crimes* ; les violences qui n'ont pas eu ces résultats sont qualifiés délits.

1325. La loi pénale doit nécessairement poser une limite pour la distribution des peines entre les blessures légères et les blessures graves ; et, il faut le reconnaître, les éléments de cette séparation appartiennent à chaque fait particulier, et ne peuvent que difficilement concourir à former une règle générale. Toutefois il est impossible de ne pas remarquer combien est fragile la base de la

1. Code pénal 25 sept.-6 oct. 1791, 2e partie, tit. 2, sect. 1re, art. 21 et suiv.

2. M. Monseignat, discours au Corps législatif.

distinction du Code, et combien son incrimination entière est incomplète.

La qualification des violences, lorsqu'elle se fonde uniquement sur les suites qu'elles ont eues, ne peut se justifier que par ce seul motif, qu'en général le délit acquiert une gravité plus grande de la gravité du préjudice qu'il a causé ; et en effet, indépendamment de ce dommage qui semble appeler, à raison de son importance, une réparation plus efficace, on ne peut nier que sa gravité ne soit un indice de la volonté qui a dirigé les coups, et par conséquent de la perversité de l'agent. Mais cet indice est loin d'être infaillible, et la gravité des résultats peut être purement accidentelle. La loi, en effet, n'exige qu'une condition de moralité, c'est que l'agent ait frappé *volontairement*, c'est-à-dire avec la volonté de frapper et de blesser. Mais voulait-il ne donner qu'un coup léger, voulait-il faire un mal plus grave, cherchait-il à estropier sa victime, à la mutiler ? La loi n'a point demandé compte de ces nuances de la criminalité. Les résultats plus ou moins graves des coups portés servent seuls à la graduer : or, que de causes accidentelles peuvent se jeter à travers l'événement et en modifier les résultats ! L'agent doit-il être responsable de la constitution débile de la victime, du hasard qui a dirigé les coups, de la blessure qu'elle s'est faite en tombant, du manque de soins, de l'imprudence du malade, de l'impéritie du médecin ? Doit-il, dans un sens contraire, profiter de la bonne constitution de l'homme qu'il a frappé avec une méchante intention, et de l'habileté de l'homme de l'art qui a su abréger sa maladie par les soins ? N'est-il pas évident que la loi, en faisant abstraction de ces circonstances accidentelles, substitue une justice apparente à la justice réelle, et se remet au hasard du soin de mesurer le châtiment à la gravité du délit ? Il est juste, toutefois, d'ajouter que le système des circonstances atténuantes, sans effacer le vice de la loi, en a modifié les effets, puisqu'il permet d'avoir égard, dans une certaine mesure, aux circonstances accessoires du fait pour la fixation de la peine.

Le système du Code de 1810, sous un autre rapport, peut donner lieu encore à une critique sérieuse. Supposons que

les coups et blessures n'aient pas occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours, mais que, par suite de ces violences, la victime demeure privée d'un de ses membres ou mutilée. Dans la théorie du Code, l'auteur de cette mutilation ne subira qu'un emprisonnement correctionnel ; or cette peine n'est-elle pas trop faible, lorsque la seule incapacité de travail pendant plus de vingt jours est punie de la réclusion ou des travaux forcés à temps ? N'est-il pas évident que la personne maltraitée éprouve un préjudice plus grave d'une mutilation, ou même d'une blessure qui laisse une trace perpétuelle et qui la défigure, que d'une maladie momentanée ? La loi semble ici se contredire elle-même ; elle s'est trompée sur les signes qui révèlent le mal matériel ; elle a pris un de ces signes comme base d'une règle générale, tandis qu'elle n'indique que dans certains cas une souffrance plus grave.

Toutes les législations viennent rendre témoignage à la justesse de cette observation [1]. La loi brésilienne aggrave la peine portée contre les coups ou blessures, lorsqu'il y aura ou qu'il résultera mutilation d'un membre ou d'un organe, lorsqu'il résultera une difformité de la blessure (art. 203 et 204). La loi pénale de Naples, copie presque textuelle de notre Code, et qui l'a corrigé sur ce point, élève également la peine si la personne lésée est restée estropiée ou mutilée (art. 358 et 360.) Enfin, le Code rédigé par M. Livingston considère comme une circonstance aggravante de la blessure le fait que la personne blessée reste *défigurée*, ou qu'il en résulte quelque infirmité permanente (art. 438).

1326. Telles sont les principales observations auxquelles peut donner lieu le système préventif du Code pénal. Nous avons déjà fait remarquer que l'admission des circonstances atténuantes avait modifié en partie les vices que nous avons signalés. La loi du 13 mai 1863 a apporté à notre Code d'autres modifications qui vont être appréciées.

Les violences qui rentrent dans la catégorie des coups ou des blessures peuvent se diviser en quatre classes :

1. * * V. l'art. 224 précité du C. pén. allemand, *suprà*, p. 17.

Les voies de fait et violences légères qui n'occasionnent aucune blessure ;

Les coups ou blessures qui n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours ;

Les coups ou blessures qui ont eu pour résultat une maladie ou incapacité de travail de plus de vingt jours; ou qui ont été suivis de mutilation ou privation de l'usage d'un membre;

Enfin, les coups ou blessures qui ont occasionné la mort.

1327. Le Code pénal ne s'est point occupé des voies de fait ou violences légères ; il faut remonter, pour leur trouver une peine, à des lois presque entièrement abrogées. La loi du 19-22 juillet 1791, art. 10, prononçait une amende qui ne pouvait être au-dessous de douze livres, et une détention de trois jours dans les campagnes, et de huit jours dans les villes *contre les auteurs des voies de fait et violences légères* dans les assemblées et lieux publics. L'art. 605, n° 8, du Code du 3 brumaire an IV a reproduit cette disposition en la modifiant dans sa pénalité. Cet article punit des peines de police *les auteurs de voies de fait et violences légères, pourvu qu'ils n'aient blessé ou frappé personne* [1]. Ces deux articles peuvent-ils encore être appliqués ? Le Code pénal, en reprenant la matière des coups et des blessures en général, les a-t-il implicitement effacés ? La Cour de cassation n'a pas cessé de les maintenir en vigueur : « attendu que, les voies de fait et violences légères n'étant l'objet d'aucune disposition du Code pénal, ni d'aucune autre loi postérieure à celle des 19-22 juillet 1791 et 3 brumaire an IV, les dispositions desdites lois qui s'y rapportent, et qui étaient en vigueur à l'époque de la promulgation du Code pénal, sont formellement maintenues par l'article 484 de ces Codes, et que les cours et les tribunaux sont tenus de continuer de les observer et de les faire exécuter [2]. »

1. * * Jugé qu'en matière de voies de fait et violences légères, le juge de simple police peut prononcer cumulativement la peine de l'amende et celle de l'emprisonnement, suivant les dispositions des art. 600 et 605 du Code du 3 brumaire an IV (Cass., 15 nov. 1877 : Bull. n. 232).

2. Cass., 14 avril 1821, Bull. n. 61 ; 30 mars 1832, Bull. n. 115 ; 12 août 1853, Bull. n. 398.

1328. Ces deux dispositions ont-elles été abrogées par la loi du 13 mai 1863? L'addition faite par cette loi à l'art. 311 a eu pour objet d'étendre l'incrimination de cet article aux violences et voies de fait autres que les coups et blessures. Il est ainsi conçu : « Art. 311. Lorsque les blessures ou les coups *ou autres violences ou voies de fait* n'auront occasionné aucune maladie ou incapacité de travail personnel de l'espèce mentionnée en l'art. 309, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six jours à deux ans et d'une amende de 16 à 200 fr., ou de l'une de ces deux peines seulement. » On lit dans le rapport de la commission : « Les art. 309 et 311 ne parlent que des blessures et des coups. Nous y avons introduit par une mention spéciale « toutes violences ou voies de fait », afin d'atteindre plus sûrement celles de ces violences qui, sans être précisément des coups, ont cependant un caractère de gravité punissable. Ainsi le fait d'avoir livré un individu aux coups, de l'avoir jeté à terre, de l'avoir poussé contre un corps dur, de lui avoir arraché les cheveux, de lui avoir craché au visage, pourront désormais, sans contestation, tomber sous l'application de ces articles. » On devait nécessairement se demander, en présence de ce texte et de ces motifs s'il y avait lieu encore de recourir aux lois antérieures et si ces lois ne se trouvaient pas implicitement abrogées. Ce qui semblait affirmer cette abrogation, c'est l'énumération des voies de fait légères faite par le rapport, c'est aussi la minimité du minimum de la peine qui peut, même sans circonstances atténuantes, descendre à une amende de 16 fr. Mais lorsque la question s'est présentée devant la Cour de cassation, cette Cour a dû considérer d'abord que le nouveau législateur n'a prononcé aucune abrogation implicite de la législation antérieure, qu'il ne paraît pas même s'être occupé de ces *violences légères* qui sont moins graves encore que celles qu'il a énumérées, et qui n'appellent que les plus minimes des pénalités, ensuite qu'il serait trop rigoureux et souvent difficile de faire venir devant la juridiction correctionnelle, en les qualifiant délits, ces petits faits qui ne sont que des infractions de police, et que le juge de police doit seul apprécier. Elle

a jugé en conséquence : « que la loi du 13 mai 1863 punit, il est vrai (art. 311), de peines correctionnelles, non-seulement les coups et blessures, mais encore les violences et voies de fait, mais que par là le législateur a eu en vue de punir de peines correctionnelles, non les violences et voies de fait légères, mais les violences et voies de fait ayant un caractère de gravité ; que cette pensée est nettement dans l'exposé des motifs de la loi, où on lit : « les anciens articles 309 et 311 ne parlent que des blessures et des coups ; nous y avons introduit par une mention spéciale toutes autres violences ou voies de fait afin d'atteindre plus sûrement celles de ces violences qui, sans être précisément des coups, ont cependant un caractère de gravité punissable » ; que de là il résulte que la loi modificative du Code pénal n'a entendu changer ni le caractère ni la juridiction propres aux violences légères, mais faire punir de peines correctionnelles celles de ces violences qui, par leur gravité, seraient assimilables aux coups et blessures ; que la loi nouvelle n'a fait en cela que consacrer par une disposition formelle un point de doctrine précédemment fixé par la jurisprudence ; que la véritable signification des mots *violences ou voies de fait* et leur caractère de gravité se trouvaient bien marqués par l'introduction de ces mots dans l'art. 309, relatif aux coups et blessures, violences et voies de fait ayant entraîné une incapacité de travail de plus de vingt jours ; que dans l'exposé des motifs, dans le rapport du corps législatif, ni dans la discussion, on ne trouve la trace d'une pensée relative à l'abrogation de l'art. 605 du Code du 3 brumaire an IV, sur les violences ou voies de fait légères ; qu'en l'absence d'une disposition expresse il n'est pas possible de faire résulter une prétendue abrogation implicite de l'esprit et des tendances d'une loi dont le but est d'atteindre la mesure exacte des châtiments suivant la gravité des infractions commises ; que le juge de police est le juge naturel des infractions légères et que les contraventions de cette nature resteraient le plus souvent impunies, si la

partie lésée était obligée de porter sa plainte devant le tribunal du chef-lieu de l'arrondissement [1]. »

1329. C'est d'après cette règle que la Cour de cassation a jugé que le fait d'avoir, sur une place publique, saisi par derrière une jeune personne avec violence, de lui avoir ensuite ouvert la bouche et de l'avoir remplie de son, ne peut se rattacher aux dispositions du Code, lorsqu'il n'a été accompagné ni de blessures ni de coups, et que cet acte a le caractère des voies de fait et violences légères mentionnées par la loi du 19-22 juillet 1791 et le Code du 3 brumaire an IV [2].

La même règle doit s'appliquer à toutes les voies de fait qui n'ont causé aucune blessure et qui n'ont point été accompagnées de coups [3]; tel est l'acte de pousser quelqu'un lorsqu'il n'en résulte point de chute, de le tirer par ses vêtements, de lui jeter de l'eau, pourvu que les inculpés n'aient ni blessé ni

1. Cass., 7 janv. 1866, Bull. n. 6; 13 janv. 1865, Bull. n. 9. — ** *Adde* Cass , 7 janv. 1881 ; Bull. n. 5.

2. Cass., 14 avril 1821, Bull. n. 61. — ** Comp. Cass., 26 janvier 1877 ; Bull. n. 27 ; — 5 avril 1881 ; Bull. n. 103.

3. ** Cette règle, dans des termes aussi absolus, n'est pas admise par la jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 6 décembre 1872 (Bull. n. 309), qu'un coup de pistolet tiré sur un individu dans le dessein, non de l'atteindre, mais de l'effrayer, constitue le délit de voies de fait prévu par l'art.311 du Code pénal, modifié par la loi du 13 mai 1863 : « attendu que si de pareils actes, qui avaient pour but, selon l'arrêt attaqué, non de donner la mort ou de faire des blessures graves à N. , mais de l'effrayer à raison d'un mariage qu'il voulait contracter, n'étaient pas susceptibles de répression sous l'empire de l'ancien article 311 du Code pénal, il en est autrement depuis la modification apportée à cet article par la loi du 13 mai 1863, qui a, dans son texte, ajouté aux coups et blessures proprement dits les autres violences ou voies de fait; que ces expressions comprennent, non-seulement les voies de fait qui s'exercent sur les personnes mêmes, mais aussi celles qui, sans atteindre la personne, sont de nature à l'impressionner aussi vivement ; que des actes aussi violents que ceux imputés à N. ont le caractère de voies de fait punies par le nouvel article 311 du Code pénal ». — V. dans le même sens : Cass., 25 mars 1882 ; Bull. n. 85 ; — 13 mars et 12 juin 1886; Bull. n. 114 et 218. — V. encore Angers, 18 décembre 1876 ; S. 78.2.151.

frappé personne[1]. Les voies de fait, lorsqu'elles ne rentrent pas dans la classe des injures, doivent être punies des peines de polices portées par l'art. 605 du Code du 3 brumaire an IV.

1330. Mais les violences sont comprises dans les dispositions de l'art. 311, dès qu'elles laissent des blessures, ou qu'elles se manifestent par des coups. Ainsi le tribunal de police cesse d'être compétent, et l'art. 311 est seul applicable : — lorsque la plainte articule « des coups volontaires et plusieurs soufflets volontairement appliqués[2]; » — lorsqu'une femme est inculpée d'avoir pris la tête d'une fille entre les jambes, d'avoir fait frapper sur elle son petit garçon avec un bâton ou de lui avoir elle-même frappé la tête contre terre[3];» — lorsque les violences consistent en coups de canne portés sur la tête[4] ou simplement en coups volontaires[5] ; — lorsque la plainte énonce « que le prévenu a renversé le plaignant par terre et lui a porté des coups de poing[6] ; » — lorsqu'il s'agit du fait d'avoir jeté à une personne une pierre qui l'a blessée[7].

Trois conditions sont donc exigées pour l'existence du délit et pour l'application de l'art. 311 : il faut que le prévenu ait fait des blessures ou porté des coups, c'est là l'élément matériel du délit[8] ; qu'il ait agi volontairement, c'est-à-dire avec l'intention de nuire, car si les coups ont été involon-

1. Cass., 12 août 1853, Bull. n. 398.
2. Cass., 24 janv. 1863, Bull. n. 30.
3. Cass., 19 déc. 1863, Bull. n. 303.
4. Cass., 4 n. 1864, Bull. n. 249.
5. Cass., 26 janv. 1866, Bull. n. 24.
6. Cass., 23 août 1867, Bull. n. 203.
7. Cass., 21 mars 1868, Bull. n. 78. — * * De même le fait d'avoir poussé une personne contre un mur avec tant de violence qu'il en est résulté une chute ayant occasionné de fortes déchirures de chair à l'épaule de cette personne constitue le délit prévu par l'art. 311 du Code pénal, et non la contravention de voies de fait et violences légères prévue par le Code de brumaire an IV (Cass., 15 juillet 1882 ; Bull. n. 174). — V. aussi Cass., 25 juillet 1884 ; Bull. n. 250.
8. * * V. la n. 3, p. 24.

taires, ou le délit n'existe plus, ou il change de nature; enfin, que les coups ou les blessures n'aient pas produit une incapacité de travail de plus de vingt jours, car le fait prendrait un caractère plus grave aux yeux de la loi. Ces différentes conditions vont être reprises tout à l'heure dans l'examen de l'art. 309.

1331. Nous devons faire remarquer ici que ces mots qui terminent le premier paragraphe de l'article : *ou de l'une de ces deux peines seulement*, ont été ajoutés à l'art. 311 par la loi du 28 avril 1832. Le but de cet amendement fut de donner aux tribunaux correctionnels la faculté de réduire les peines, et de les proportionner aux circonstances variées des innombrables espèces de coups et blessures. A la vérité, l'article 463 disposait, d'un autre côté, que les tribunaux correctionnels sont autorisés à réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours, et l'amende même au-dessous de 16 fr., et qu'ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces deux peines ; mais ils ne peuvent user de cette faculté qu'en déclarant l'existence de circonstances atténuantes, tandis que l'application, dans l'hypothèse qui fait l'objet de l'article 311, soit de la peine de six jours d'emprisonnement, soit d'une seule amende de 16 fr., n'est subordonnée à aucune condition de motifs ou de faits atténuants.

1332. L'article 309 prévoit, dans son premier alinéa, la troisième catégorie des violences, celles qui ont produit une incapacité de travail de plus de vingt jours.

C'est ici que se trouve l'une des innovations les plus graves de la loi du 13 mai 1863 : voici le texte du nouvel article 309 :

Art. 309. Tout individu qui volontairement aura fait des blessures ou porté des coups *ou commis toute autre violence ou voie de fait*, s'il est résulté de ces sortes de violences une maladie ou une incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours, *sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 16 à 2,000 francs.* — Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine.— *Quand les violences ci-dessus exprimées auront*

été suivies de mutilation, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil, ou autres infirmités permanentes, le coupable sera puni de la réclusion. — Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés à temps.

L'exposé des motifs porte ce qui suit :

Quand celui qui a frappé l'a fait avec la volonté de donner la mort, l'incrimination de cet acte par la loi ne présente pas de difficulté : c'est un assassinat ou un meurtre, selon qu'il a été commis avec ou sans préméditation. Des circonstances atténuantes peuvent dans quelques espèces modifier la criminalité et la peine, quand le jury a déclaré que ces circonstances existent. Mais nous ne parlons ici que de l'incrimination générique, celle qui est faite par la loi : elle est simple, facile et certaine. Les difficultés et les incertitudes commencent quand l'intention de donner la mort n'est pas établie. Où est la règle alors pour qualifier l'offense et mesurer la peine? A quel signe reconnaître la perversité de l'agent et l'intensité de sa volonté criminelle? Elle ne sera que très imparfaitement révélée par le résultat matériel des blessures ou des coups ; ce résultat, en effet, sa gravité ou son peu d'importance, dépendent de bien des causes qui ne peuvent être imputées à l'agent. Est-ce à dire pour cela qu'on n'en doit tenir aucun compte dans la pénalité : que les violences, les excès qui eurent des suites déplorables, ne doivent pas être réprimées plus sévèrement que les voies de fait et les violences légères? Non, certes ; c'est un principe écrit dans la conscience humaine, que le délit devient plus grave avec le préjudice ; là n'est point la difficulté. Mais ce qui est vraiment difficile, c'est d'établir des catégories pour la distribution des peines, en fixant par avance, d'une manière uniforme, invariable, les conditions de durée et de gravité du mal, qui feront que la blessure sera crime ou délit (309-311). Quelques législations étrangères ont fait deux classes de blessures et de peines correspondantes, en abandonnant aux juges le soin d'apprécier dans chaque espèce quelles blessures sont *graves* et quelles sont *légères*. Ce système, que nous ne jugeons point, ne pouvait pas être celui du Code. Il a emprunté le sien à une disposition de la loi de 91, mais en réduisant à une durée de plus de vingt jours la circonstance aggravante de l'incapacité de travail, qui était de plus de quarante jours dans cette loi (art. 21 de la sect. 1re du titre 2). Que cette circonstance puisse motiver justement une répression correctionnelle plus sévère, nous le reconnaissons volontiers, et le projet de loi dispose en conséquence : mais nous ne croyons pas qu'on doive lui attribuer la vertu de changer le caractère de l'infraction et la nature de la peine. Elle n'a pas la certitude et la fixité nécessaires pour servir de limite entre deux juridictions et de base à une distinction aussi fon-

damentale que celle de *crime* ou *délit*. On peut trop facilement en procurer l'apparence et en prolonger la durée. Trop de causes étrangères, qui ne sont pas toutes de bon aloi, peuvent concourir à sa formation : l'erreur, l'inhabileté, l'imprudence, le défaut de soin, la fraude intéressée. Le fait principal même, hors les cas de préméditation, porte rarement avec lui un caractère marqué d'immoralité. Il y a dans ces actes de violence plus d'irréflexion et de colère que de volonté criminelle : ce sont des faits de rixe et d'emportement, où le blâme n'est pas toujours du côté de la peine, et que le jury hésite à punir comme des crimes. Les relevés statistiques de la justice criminelle montrent que les acquittements sont dans la proportion de moitié, et que sur cinquante condamnés, plus de quarante le sont correctionnellement. — De leur côté, les magistrats, pour obtenir une répression plus certaine et plus égale, écartent fréquemment la circonstance de l'incapacité de travail, et se réduisent à poursuivre devant les tribunaux correctionnels l'application de l'art. 311. Il n'est pas bon que cette situation se prolonge. — Pour la faire cesser, le projet de loi remplace la réclusion, dans le § 1er de l'art. 309, par la plus forte peine correctionnelle, conservant ainsi une gradation suffisante entre cette disposition et celle de l'art. 311 qui punit les blessures et coups simples. Mais, à n'y faire que ce changement, le système d'incrimination de l'art. 309 resterait défectueux encore par un autre côté, et d'une manière plus grave peut-être. — Cette condition de la *maladie* ou de *l'incapacité de travail* pendant plus de vingt jours peut manquer dans des circonstances où les coups ou blessures ont eu des suites déplorables qui dureront autant que la vie : les cas de *mutilation*, par exemple, *d'amputation ou privation de l'usage d'un membre, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes*. — Dans tous ces cas divers, la lésion est plus grave que celle incriminée par le § 1er, et son existence certaine : il n'y a pas de fraude ou d'erreur possible, et l'agent a *voulu* presque toujours le mal qu'il a fait. La mutilation surtout, malheureusement trop fréquente dans une certaine classe, révèle des sentiments de dépravation et de férocité contre lesquels il faut énergiquement réagir. Eh bien ! dans l'état présent de la loi, si la mutilation ou la privation d'un membre n'a pas occasionné une maladie de plus de vingt jours, l'art. 311 devra être appliqué, et le coupable ne subira qu'un emprisonnement correctionnel de six jours à deux ans. Cette lacune du Code est d'autant plus remarquable que le système du § 1er de l'art. 309 fut emprunté, comme nous l'avons dit, à l'art. 21 de la loi de 91, et qu'immédiatement à la suite de cet article se trouve une série de dispositions qui incriminent séparement le cas de mutilation, de perte ou de privation de l'usage des membres. En proposant de réparer cette omission dans l'art. 309, nous ne croyons pas qu'il suffise d'assimiler la mutilation et les autres infirmités permanentes à la maladie de plus de vingt jours. — Elles formeront, si vous adoptez le projet, une catégorie distincte, réglée par un nouveau paragraphe, et punie de la *réclusion*.

Le rapport, après avoir analysé les dispositions du Code, ajoute :

Il est aisé d'apercevoir les défauts et les difficultés pratiques de cette classification. Que des blessures aient amené une mutilation, et que la maladie n'ait pas duré vingt jours, c'est un simple délit. Au contraire, qu'une maladie quelquefois peu intense ait duré plus de vingt jours, il y a un crime ; et cependant on ne saurait méconnaître que le premier cas soit plus grave que le second. De plus, la durée de la maladie étant la limite entre le délit et le crime, le choix de la juridiction n'est le plus souvent qu'arbitraire, car rien n'est plus facile que d'abuser de l'élasticité de la ligne de démarcation. Enfin, même au cas où la maladie a réellement duré plus de vingt jours, le fait ne mérite pas toujours d'être rangé au nombre des crimes, et la preuve en est que les poursuites de ces sortes d'affaires n'aboutissent presque jamais qu'à des acquittements ou à des condamnations correctionnelles. A notre sens, le projet corrige comme il convient ces classifications qui n'étaient pas parfaitement entendues. Il laisse tel qu'il est réglé dans le Code pénal le cas où les blessures ont entraîné la mort. Il spécifie le cas où les coups et blessures ont entraîné une mutilation, la cécité ou la perte d'un membre ; il en fait un crime, et il le punit de la réclusion. Enfin il maintient la distinction entre les maladies de plus et de moins de vingt jours, mais seulement pour appliquer dans les deux cas l'emprisonnement dans des mesures différentes. Par ce moyen, les coups et blessures sans intention de donner la mort ne seront jamais que des délits ; la juridiction demeurera toujours la même, et il n'y aura plus d'intérêt dans l'instruction à fausser une ligne de démarcation que les tribunaux correctionnels n'auront plus à observer que pour l'application de la peine.

1333. Aucune discussion ne s'est élevée sur cet article, qui méritait cependant quelque attention. La correctionnalisation des blessures et des coups qui ont occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours est une chose grave. C'est là l'un de ces faits qui, par leur nature, appartiennent au jury, parce que leur gravité consiste surtout dans l'intention et la moralité des agents. Nous avons critiqué la distinction qui faisait la base de la double qualification du Code ; mais en ajoutant que le jury, qui est le meilleur juge de ces sortes d'infractions, par une saine distribution des circonstances atténuantes, en corrigeait les vices. La loi a maintenu la distinction, mais pour en faire seulement désormais un degré de la pénalité : tous les coups et blessures, quelle que soit leur

gravité matérielle, et lors même qu'ils ont causé une incapacité de travail de plus de vingt jours, sont transportés à la juridiction correctionnelle. Quel est le motif de cette exclusion du jury? Les relevés statistiques, dit l'exposé des motifs, montrent que les acquittements sont dans la proportion de moitié et que, sur cinquante condamnés, plus de quarante le sont correctionnellement. La dernière statistique antérieure à la loi donne les chiffres suivants : « Coups et blessures suivis d'incapacité de travail pendant plus de vingtjours,total de 1857 à 1861, 282 accusés, 92 acquittés, 13 condamnés à des peines afflictives et infamantes, 177 à des peines correctionnelles. » Les acquittements n'étaient donc pas dans la proportion de moitié ; ils n'étaient que de 36 sur 100 accusés. Quant à l'application de peines correctionnelles, elle est le résultat des circonstances atténuantes qui en cette matière sont et doivent être fréquemment déclarées, parce que la moralité des faits de cette nature est essentiellement variable. Est-ce que la faculté de déclarer les circonstances atténuantes a été donnée au jury pour ne pas en user? Et s'il s'en sert surtout dans les affaires qui en provoquent l'application, faudra-t-il aussitôt transporter ces affaires au juge correctionnel sous le prétexte que le jury lui-même les transforme en simples délits?

Une seconde modification consiste dans l'insertion des mots: « Ou commis toute autre violence ou voie de fait. » Il s'était élevé quelques difficultés dans la pratique sur le point de savoir si le mot *coups* pouvait s'appliquer soit à des mauvais traitements, soit au fait de pousser une personne au point de la faire tomber ; mais la jurisprudence les avait complétement aplanies ; et d'ailleurs ces difficultés ne sont jamais nées dans des espèces où les violences avaient causé une incapacité de plus de vingt jours. Cette addition, qui est peut-être surabondante, ne paraît d'ailleurs devoir entraîner aucun péril, puisque les *violences et voies de fait* dont il s'agit sont celles qui auront occasionné l'incapacité de travail. Il n'est rien innové, du reste, en ce qui concerne les règles relatives à l'appréciation de cette incapacité.

La troisième modification est plus importante, et nous

l'avions provoquée. Nous croyons qu'en faisant de la mutilation ou de l'infirmité permanente la base d'une aggravation pénale, le législateur a fait une saine appréciation de l'un des éléments de la criminalité. Mais, à nos yeux, cette infirmité ou cette mutilation, que la loi n'avait pas prévue, est une circonstance à peu près équivalente à une maladie qui peut être très grave et qui peut se prolonger au delà de vingt jours, jusqu'à un terme qui n'a point été fixé ; il semble contradictoire de qualifier crime les violences qui sont suivies d'une mutilation ou d'une infirmité et de ne qualifier que délit les mêmes violences, lorsqu'elles ont causé une longue et douloureuse maladie, qui a pu mettre la vie en danger, qui affectera peut-être toujours la santé de la victime, mais qui n'a laissé aucune infirmité corporelle qui puisse être précisée.

1334. Arrivons maintenant à l'examen de l'article. La loi n'a défini ni les blessures, ni les coups. Les blessures n'exigeaient peut-être aucune définition ; elles laissent une trace matérielle qui témoigne de leur existence. La loi eût pu seulement limiter son incrimination aux blessures d'une certaine gravité : elle ne l'a pas fait. Il résulte de la généralité de ses termes que toutes les lésions du corps humain produites par le rapprochement ou le choc d'un corps dur y sont comprises. Les contusions, les plaies, les ecchymoses, les excoriations, les fractures, sont des blessures ; les brûlures mêmes, quoique la médecine leur assigne un autre caractère, une autre classification, viennent se placer sous la même dénomination. Il serait dès lors sans objet de parcourir et d'examiner les nombreuses divisions et subdivisions des blessures qui ont été proposées par les auteurs qui ont écrit sur la médecine légale : la loi n'a adopté aucune de ces divisions ; elle saisit la blessure et lui imprime le caractère de délit, au moment où elle cesse d'être comptée parmi les voies de fait ou les violences légères ; elle ne s'occupe de sa gravité que pour graduer la qualification ou la peine.

1335. Il est plus difficile de déterminer avec précision quelles sont les voies de fait qui constituent des *coups* dans

le sens de la loi. Tout rapprochement violent du corps humain et d'un corps quelconque peut avoir ce caractère ; car il n'est pas nécessaire que le corps humain en éprouve une lésion quelconque ; la loi ne l'exige que pour la qualification du crime : il n'est même pas nécessaire que le choc ait laissé des traces. Ainsi la jurisprudence a pu déclarer qu'un soufflet n'était pas une simple voie de fait, mais bien un coup dans le sens de la loi pénale [1] ; à plus forte raison, les violences exercées avec des bâtons, des cannes, des lanières, des pierres, rentreraient dans ses termes.

Nous avons dit précédemment que le fait de pousser une personne ne peut constituer qu'une simple voie de fait, lorsque cet acte n'est accompagné ni de coups ni de blessures. L'addition faite dans l'article 309 a enlevé à cette distinction une partie de son intérêt; cependant il peut être utile encore de s'y arrêter. La loi romaine ne voyait dans cette violence qu'une injure réelle : *in corpus injuria fit cùm quis pulsetur* [2] ; et elle admettait entre cette injure et les coups une différence qu'elle tirait de leurs résultats : *Inter pulsationem et verberationem hoc interest : verberare est cum dolore cædere ; pulsare, sine dolore* [3]. Mais ces différences s'effacent, et les deux actes prennent le même caractère lorsque la voie de fait a causé la chute de la personne qui en a été l'objet; car heurter quelqu'un de manière à le faire tomber, c'est, sinon porter un coup, du moins être la cause qu'il en reçoit un ; et il importe peu, a dit un arrêt, qu'un corps dur soit poussé contre une personne, ou que la personne soit poussée contre le corps dur [4]. Le caractère et les résultats de la violence sont les mêmes, et il serait puéril de chercher une distinction dans le sens restrictif que le langage ordinaire attache au mot *coup*. Cette interprétation a été adoptée par la Cour de cassation. L'ex-

1. Cass., 9 déc. 1819, Bull. n. 418 ; 5 mars 1831, Bull. n. 42.
2. Lib. 1, Dig. de injur. et fam. libellis.
3. L. 5, Dig. eâd. lege.
4. Cass., 22 août 1834, J. P. 26. 901.

pression générale de *coups*, qui se trouve dans les art. 309 et 311, ne limite pas le crime ou délit au cas seulement où plusieurs coups auraient été portés, car rien n'indique que la loi ait voulu faire une telle distinction, et il est évident qu'elle ne serait pas fondée, puisqu'un seul coup porté avec violence peut avoir un caractère plus grave et causer un plus grand dommage que plusieurs coups moins violents[1].

Mais, bien que cette expression ne soit pas sacramentelle, il faut prendre garde, si on la remplace par des termes équivalents, que ces termes aient la même valeur et le même sens. Ainsi, dire que le prévenu a *frappé*, c'est déclarer évidemment qu'il a porté des coups[2]. Ainsi, si l'accusé a été déclaré coupable *de mauvais traitements sur une personne*, ce fait pourrait rentrer dans les termes des art. 309 et 311[3]. Mais il importe de remarquer que ces articles ne s'appliquent pas à toute espèce de mauvais traitements envers les personnes, mais seulement à ceux qui se sont manifestés par des coups ou des blessures. Car le fait cesserait de pouvoir être compris dans leurs termes, ainsi que la Cour de cassation l'a déclaré, si l'accusé avait été déclaré coupable de mauvais traitements, non pas *sur*, mais *envers* une personne[4]; cette expression, en effet, ne fait plus supposer nécessairement que ces mauvais traitements ont été des violences physiques et des coups. De même, et dans une autre hypothèse, les gestes les plus menaçants ne sauraient constituer des violences dans le sens de la loi pénale, tant qu'ils n'atteignent pas la personne elle-même[5]; il ne faudrait donc pas suivre à cet égard la décision de la loi romaine, qui rangeait ces gestes dans la classe des injures réelles : *Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatæ, et sæpè territus quasi vapulaturus (verberandus), non tamen percussit : utili injuriarum actione tenetur*[6]. Enfin l'expression

1. Cass., 5 mars 1831, Bull. n. 231.
2. Cass., 1er août 1850, Bull. n. 242.
3 et 4. Cass., 10 oct. 1822, Bull. n. 141.
5. Cass., 20 nov. 1847, Bull. n. 282.
6. L. 15, § 1, Dig. de injur. et famosis libellis.

de *violences* n'emporte pas virtuellement avec elle la certitude que des coups aient été portés, car il y a des violences de plusieurs sortes et qui n'ont pas la même gravité. Aussi, dans une espèce où il avait été demandé au jury, sous une forme alternative, si l'accusé était coupable d'avoir porté des coups ou commis d'*autres violences* sur la personne de son père, il a paru que la réponse affirmative faite à cette question n'était pas une base suffisante de l'application pénale, parce que cette réponse, pouvant ne se référer qu'aux violences, laissait un doute sur le caractère de ce fait[1]. Cette restriction serait aujourd'hui effacée par la loi.

1336. Le deuxième élément du crime ou du délit est la *volonté*. En général, la volonté est une condition essentielle de tous les délits ; mais ici le juge est particulièrement obligé de la reconnaître et de la déclarer, parce qu'il s'agit de distinguer les coups et blessures *volontaires* des mêmes faits qu'auraient occasionné l'imprudence ou la maladresse. La loi modificative du Code pénal, pour rendre cette obligation plus sensible, a cru devoir introduire dans l'art. 309 le mot *volontairement* ; mais cette addition surabondante n'a nullement changé le sens de la loi déjà fixé par la rubrique de cette section qui porte *blessures et coups volontaires*. La jurisprudence n'avait, du reste, éprouvé aucune hésitation à cet égard ; la règle était, avant cette modification comme aujourd'hui, que les art. 310 et 311 ne sont applicables qu'autant que la circonstance de la volonté a été formellement reconnue, et que le mot *coupable* ne suffit pas pour déclarer cette circonstance, lorsque la question à laquelle ce mot se réfère est muette sur ce point[2].

Cette volonté, il faut le remarquer, ne consiste pas dans le dessein de tuer, car les blessures ou les coups constitueraient une tentative de meurtre ; elle consiste uniquement dans le dessein de porter des coups ou de faire des bles-

1. Cass., 19 mars 1841, Bull. n. 73.

2. Cass., 27 fév. 1824, Bull. n. 36 ; 10 mars 1826, Bull. n. 47 ; 22 août 1828, Bull. 243 ; 18 juill. 1840, Bull. n. 206 ; 26 déc. 1844, Bull. n. 413 ; 22 juin 1850, Bull. n. 202. — * * *Adde* Cass., 18 février 1870, Bull. n. 57.

sures, soit pour outrager, soit pour maltraiter une personne, mais sans intention de lui donner la mort. Ce dessein de nuire peut s'induire de toutes les circonstances de l'action, des motifs qui dominaient l'agent, de la gravité des blessures, de la nature des armes employées. Toutefois ces circonstances ne sont que des présomptions : nous verrons tout à l'heure qu'il ne suffit pas que les blessures soient de nature à donner la mort pour changer le caractère du fait. La même règle s'applique aux armes dont s'est servi l'agent : aucune disposition de la loi n'a attaché le caractère d'une tentative de meurtre à des blessures, par cela seul qu'elles ont été faites avec une arme meurtrière ; le seul fait de l'emploi de cette arme ne suffirait donc pas pour constituer une telle tentative, et les blessures rentreraient, dans ce cas, dans les termes des art. 309 et 311, à moins qu'il ne fût formellement reconnu que l'arme meurtrière a été employée avec l'intention de tuer [1].

1387. La volonté cependant, de même que le fait matériel lui-même, peut résulter, à défaut d'une déclaration explicite, des circonstances de l'action. Ainsi la Cour de cassation a jugé, dans une espèce particulière, que la volonté non explicitement déclarée par le jury résultait implicitement des faits matériels qu'il avait reconnus. L'accusé avait été déclaré coupable d'avoir porté des coups à différentes fois, et la Cour d'assises l'avait néanmoins absous, attendu que ni la question ni la réponse n'énonçait qu'il eût agi volontairement. Cet arrêt d'absolution a été cassé, attendu que les mots *avoir porté des coups à différentes reprises* contiennent la fréquence et la réitération d'actions d'une même nature, nécessairement déterminées par la volonté et l'intention de leur auteur [2]. La même espèce s'est présentée une seconde fois, et on lit encore dans l'arrêt de la Cour de cassation : « que le jury ne s'était pas expliqué sur la volonté, ni même sur cette circonstance que les coups auraient été portés à diverses reprises, d'où l'on aurait dû inférer que l'accusé

1. Cass., 14 déc. 1820, Bull. n. 154.
2. Cass., 18 déc. 1827, Bull. n. 321 ; 19 sept. 1828, n. 267.

aurait agi volontairement [1]. » La réitération des coups nous paraît en effet, comme à la Cour de cassation, l'un des signes qui peuvent caractériser la volonté. La même décision a été appliquée dans un cas où l'accusé avait été déclaré coupable « d'avoir porté des coups sans y avoir été provoqué [2], » et dans un autre cas où il était seulement constaté que la blessure qui était l'objet de la poursuite « avait été faite dans un duel au sabre [3]. » Mais, quelque plausibles que soient ces diverses inductions, ce ne sont que des inductions, et la loi, en faisant de la volonté l'une des conditions du délit, exige nécessairement qu'elle soit en termes exprès déclarée par le juge ou par le jury ; il est dangereux d'admettre comme base de la pénalité une interprétation qui n'est que probable, et qui n'a pas le caractère de certitude d'une déclaration explicite [4].

1338. Si le coup, volontairement dirigé sur une personne, en atteint une autre, le prévenu peut-il prétendre que, n'ayant pas eu la volonté de frapper celle-ci, le délit n'existe pas ? Nous avons déjà examiné cette question en ce qui concerne l'homicide volontaire, et la solution que nous avons proposée s'applique nécessairement ici : ce n'est pas l'atteinte portée à une personne désignée qui fait le délit, c'est l'atteinte portée à la personne ; dès lors, il importe peu que la volonté ait été étrangère au choix de la victime ; il suffit qu'elle ait animé le coup qui a fait cette victime. Dans une espèce où la défense soutenait que le coup de couteau qui avait blessé un tiers auquel il n'était pas destiné ne pouvait constituer qu'une blessure par imprudence ou une simple tentative vis-à-vis de l'individu menacé, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, « attendu que la culpabilité prévue et punie par l'art. 309 consiste essentiellement dans la volonté de porter le coup qui a causé la mort ou une incapacité de travail plus ou moins prolongée ; qu'elle est donc différente

1. Cass., 19 sept. 1828, Bull. n. 267.
2. Cass., 5 août 1847, Bull. n. 173.
3. Cass., 11 janv. 1856, Bull, n. 16.
4. Cass., 3 sept. 1868. Bull. n. 303.

de l'homicide involontaire et étrangère à l'individu qui a été frappé (c'est-à-dire qu'elle n'est pas subordonnée à la condition que le coup ait frappé la personne qu'il voulait atteindre) ; qu'il n'y a point eu dans l'espèce simple tentative, mais coup réellement porté ; que l'art. 309 est applicable à celui qui a volontairement fait une blessure [1]. »

1339. Les deux conditions de l'incrimination que nous venons d'exposer, à savoir, le fait matériel des coups, blessures ou violences et la volonté, se réfèrent également aux violences, soit qu'elles soient qualifiées crime ou délit : dans ce dernier cas elles suffisent pour constituer l'infraction ; les coups, blessures ou violences, quelles que soient leurs suites, dès qu'ils sont volontaires, sont compris dans les termes de l'art. 311. Dans l'autre cas, et pour que les peines portées par l'art. 309 soient appliquées, une troisième condition est exigée par la loi : il faut qu'il soit *résulté des violences une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours*. Cette condition renferme elle-même trois éléments : la connexion des violences et de la maladie, la nature de l'incapacité, sa durée.

La loi exige que la maladie ou l'incapacité de travail soient le *résultat* des violences. Il est visible, en effet, que l'incapacité ne peut être une mesure de la gravité des violences qu'autant qu'il existe entre ces deux faits une relation de cause et d'effet. Il faut donc que cette liaison soit constatée et déclarée. Mais il ne serait pas nécessaire que les coups eussent été la seule cause de la maladie ou de l'incapacité, il suffirait qu'ils l'eussent déterminée ; ainsi, si la santé déjà chancelante de la victime a donné au coup qu'elle a reçu une gravité plus grande, et que la maladie soit provenue autant de cette débilité extérieure que des violences elles-mêmes, l'agent n'en sera pas moins responsable suivant la durée de cette maladie, attendu que si l'organisation vicieuse de la personne maltraitée l'a rendue plus grave, les coups l'ont néanmoins déterminée, et que l'agent semble d'ailleurs plus coupable en exerçant des violences, même peu graves, sur

1. Cass., 7 avril 1833, Bull. n. 127.

une personne incapable de les supporter. Mais il en serait autrement si la maladie, née postérieurement à l'action, a pris sa source dans une cause étrangère, par exemple dans la maladresse de l'opérateur, dans l'imprudence de la victime, ou dans tout autre accident qui ne serait pas la suite, le résultat des coups portés : car on ne peut imputer à l'agent que les conséquences de son action qu'il a pu prévoir, et il serait difficile de le rendre responsable de circonstances accidentelles qui dérivent d'un fait qui lui est étranger. Nous ne faisons ici qu'indiquer cette distinction que nous reprendrons tout à l'heure, au sujet de l'hypothèse où les blessures ont occasionné la mort.

1340. La loi ne s'explique point sur la nature de l'incapacité de travail que les coups ou blessures ont occasionnée ; elle indique seulement qu'il s'agit d'un travail *personnel* : quelle est la signification de ce mot? Un seul auteur l'a recherchée. Il l'applique *au travail habituel* de la personne lésée par les blessures ou les coups[1]. Cette interprétation a été évidemment puisée dans un arrêt de la Cour de cassation qu'il importe d'examiner. Il résultait des faits de l'espèce que le plaignant avait pu, à l'expiration du vingtième jour, non pas reprendre ses travaux manuels, mais surveiller des ouvriers. Le tribunal correctionnel se déclara néanmoins incompétent, attendu que cette surveillance n'était pas le travail personnel du plaignant, et la Cour de cassation a confirmé cette décision par les motifs : « qu'il y a incapacité de travail personnel toutes les fois que l'individu malade ne peut pas, sans commettre une imprudence, se livrer à son travail habituel ; que le travail habituel d'un garçon jardinier, comme dans l'espèce, est un travail de ses mains dans les jardins ; que la simple surveillance d'ouvriers, sans participation personnelle à leurs travaux, ne caractérise pas le travail personnel d'un homme de cet état, puisque cette surveillance purement passive peut être exercée par tout individu qui peut sans danger s'exposer au contact de l'air extérieur[2]. ».

1. M. Rauter, Traité de dr. crim., n. 457.

2. Cass., 21 mars 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 111 et 112.

Remarquons d'abord qu'au fond cette décision est parfaitement exacte, puisque la Cour de cassation juge en fait que la surveillance d'ouvriers n'est pas un travail dans le sens de la loi; il suffisait dès lors de déclarer que le plaignant ne s'était livré dans les vingt et un jours *à aucun travail*; il était inutile d'ajouter que l'incapacité du travail *personnel* n'est autre chose que l'incapacité du travail *habituel*. C'est cette assertion seule qui est, suivant nous, inexacte.

En effet, si l'incapacité de travail ne s'appliquait qu'au travail habituel, on arriverait aux conséquences les plus bizarres ; la gravité du délit dépendrait, non plus de la nature des coups, mais de celle de la profession. L'homme de lettres dont la jambe aura été brisée, mais qui pourra, avant l'expiration des vingt jours, reprendre sur son lit ses études habituelles, n'éprouvera pas l'incapacité de travail prévue par la loi. Dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de rapporter, la décision, d'après la règle même qu'il pose, eût dû être différente si le plaignant, au lieu d'être garçon, eût été maître jardinier; car alors la surveillance des ouvriers aurait pu être considérée comme un travail de sa profession. L'action puiserait donc sa pénalité, non dans sa gravité intrinsèque, mais dans une circonstance étrangère à l'agent ; elle serait motivée par la position sociale de la victime, par ses habitudes, par son genre de vie : ce ne serait plus ni la moralité du fait, ni le fait matériel lui-même qui servirait de base à la peine, mais un fait accidentel pris en dehors de l'action et qui lui est complétement étranger. Ces conséquences sont inadmissibles, et la Cour de cassation l'a elle-même reconnu, lorsqu'elle a déclaré dans un autre arrêt : « que l'art. 309 ne distingue pas les divers genres de travaux qu'un individu peut avoir à exécuter, de manière à exclure l'application de cet article dans le cas où les coups et blessures n'auraient occasionné que l'incapacité de se livrer à certaines occupations [1]. » (Voy. *infrà*, n[os] 1341 et 1392.)

1341. L'incapacité du *travail personnel*, dans le sens de l'art. 309, ne doit s'entendre que de l'incapacité du travail

1. Cass., 2 juill. 1835, Bull. n. 265.

corporel de la personne. C'est là le sens naturel de l'expression de la loi, et ce n'est aussi que dans ce sens qu'elle peut être appliquée, car cette incapacité corporelle est la seule qui puisse être appréciée par le juge, la seule qui puisse être apportée comme conséquence immédiate et directe des coups ou des blessures. Il suit de là que l'incapacité doit s'étendre à tous les travaux de la même nature, car l'impossibilité de vaquer à un seul de ces travaux ne serait pas une mesure suffisante de la gravité des blessures, si la personne blessée pouvait en même temps accomplir d'autres travaux : il faut que l'incapacité soit complète ou qu'elle cesse d'être une règle d'aggravation ; car si on la restreint au travail habituel de la personne lésée, ce travail étant différent suivant les habitudes et la profession de cette personne, la gravité du fait dépendrait entièrement du hasard de ces circonstances.

Cette interprétation se fonde sur le véritable esprit de la loi. C'est dans ce sens, en premier lieu, que l'art. 21 du titre 2 du Code de 1791 avait entendu la circonstance aggravante de l'incapacité de travail ; cette circonstance existait en effet, « lorsqu'il était constaté par les attestations légales des gens de l'art que la personne maltraitée était, par l'effet des blessures, rendue incapable de vaquer pendant plus de quarante jours à un *travail corporel*. « Or nulle parole de la discussion du Code de 1810 n'indique que ce Code ait voulu modifier cette sorte d'incapacité. Le rapporteur du Corps législatif rappelle les dispositions du Code de 1791, et il ajoute : « que la gravité du crime doit d'abord se déterminer par les effets ou par l'intensité des blessures ou les résultats des violences, et que cette intensité ne peut se mesurer que par le nombre de jours que la personne maltraitée a été malade ou empêchée de vaquer à un *travail corporel*. » Ce n'est donc que d'un travail corporel qu'il s'agit, et dès lors l'incapacité doit être absolue. Le législateur lui-même en a posé le principe dans son exposé des motifs : « Passons maintenant, disait l'orateur du gouvernement, à l'examen des attentats qui ne portent point le caractère de meurtre, mais qui cependant présentent des actes de violence que la loi doit sévère-

ment réprimer. Ainsi, des coups auront été portés ou des blessures auront été faites ; la personne blessée ou frappée aura essuyé une maladie, ou se sera trouvée dans *l'incapacité absolue de se livrer à aucun travail personnel.* » L'orateur du Corps législatif répète qu'il faut que le malade soit dans *l'impuissance de vaquer à aucun travail corporel*; le sens de l'article 309 se trouve donc ainsi fixé.

La Cour de cassation a du reste elle-même sanctionné cette interprétation. Un tribunal correctionnel avait déclaré que le plaignant, par l'effet de la blessure qu'il avait reçue, n'avait pu se servir de son bras gauche pendant plus de vingt jours; que, par conséquent, l'incapacité de travail avait excédé le délai fixé par l'art. 309. La Cour de cassation a réformé cette décision, en se fondant sur ce que : « du fait supposé constant que le plaignant ne pouvait plus se servir de son bras gauche, il ne résultait pas comme conséquence nécessaire qu'il eût été pendant plus de vingt jours incapable de tout travail personnel [1]. » On voit que, d'après cet arrêt, c'est sur l'incapacité complète d'un *travail* corporel quelconque que se fonde l'aggravation de la peine; nous ajouterons qu'aucun autre arrêt postérieur de la même Cour n'a positivement contrarié cette décision.

1342. De là deux corollaires. Le premier, et il suffit d'énoncer cette proposition, est que l'existence des traces ou des cicatrices, après les vingt jours expirés, ne suffit pas pour motiver l'aggravation. Ce point a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt portant : « que, dans l'espèce, le jury n'a point déclaré que les sévices et mauvais traitements eussent produit une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours, mais seulement qu'il fallait plus de vingt jours pour faire disparaître les marques desdits sévices ou mauvais traitements ; que ces marques pouvant subsister pendant un temps plus ou moins long que la maladie et l'incapacité de travail, il s'ensuit que la durée pendant laquelle ont subsisté les marques ne peut point ser-

1. Cass., 14 décembre 1820, Bull. n. 154.

vir de mesure pour la durée de la maladie et de l'incapacité de travail [1]. »

Le deuxième corollaire, et telle était la décision particulière de l'arrêt du 14 décembre 1820 rapporté plus haut, est que la mutilation grave de quelque partie du corps, et même la perte d'un organe, n'était point une cause d'aggravation, si cette mutilation n'était point accompagnée d'une incapacité de travail corporel de plus de vingt jours ; car la loi avait pris cette incapacité pour base unique de la gradation de la peine. La mutilation n'était point par elle-même une circonstance aggravante, à moins qu'elle n'eût produit l'incapacité du travail ; si elle n'avait pas ce résultat, elle pouvait augmenter l'intensité du délit ; elle n'en changeait point le caractère. Nous avons signalé, au commencement de ce paragraphe, les funestes effets de cette lacune de la loi. Elle a été remplie par la loi du 13 mai 1863, laquelle a introduit dans l'art. 309 un troisième paragraphe, qui, ainsi qu'on l'a vu, maintient la peine de la réclusion et par conséquent la qualification de crime, « quand les violences auront été suivies de mutilation, amputation, ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil, ou autres infirmités permanentes. » Ainsi, dans le système actuel de la loi, l'incapacité de travail pendant plus de vingt jours n'est plus qu'un élément d'aggravation de la peine et ne modifie ni la qualification, ni la compétence ; mais le fait d'une mutilation quelconque, quelles que soient ses suites, et lors même qu'il n'en est résulté aucune incapacité de travail, est une circonstance aggravante qui imprime à l'action le caractère d'un crime.

1343. L'ancienne règle avait déjà deux exceptions. La première a pour objet les mutilations que les jeunes soldats commettent sur eux-mêmes, dans le but de se rendre impropres au service militaire. Cette action, qui dans notre ancien droit était punie de la peine des galères [2], est prévue par l'art. 41 de la loi du 21 mars 1832. Cet article punit d'un em-

1. Cass., 16 décembre 1819, Bull. n. 137.
2. Jousse, t. 3, p. 835.

prisonnement d'un mois à un an les jeunes gens qui se sont *rendus impropres au service militaire, soit temporairement, soit d'une manière permanente*, dans le but de se soustraire aux obligations imposées par la loi du recrutement [1]. La mutilation se trouve donc punie indépendamment de l'incapacité de travail qui peut en résulter. Toutefois, si cette incapacité excède vingt jours, l'art. 309 devient applicable; c'est ce qu'il faut induire de ces derniers mots de l'article 21 : *sans préjudice de peines plus graves, dans les cas prévus par le Code pénal* [2].

Les mêmes peines sont prononcées contre les complices de ces mutilations ; mais si ces complices sont des médecins, chirurgiens, officiers de santé ou pharmaciens, la durée de l'emprisonnement peut s'élever à deux ans, indépendamment d'une amende de 200 à 1,000 fr. (Loi du 21 mars 1832, art. 21) [3]. Cette disposition additionnelle fut proposée, dans la discussion de cette loi, par M. Favard : « En règle générale, a dit ce savant magistrat, le complice doit subir la même peine. Toutefois il faut reconnaître que celui qui abuse de son savoir doit être puni avec plus de sévérité. Je propose de proclamer dans la loi le principe de la complicité, afin d'avoir l'occasion d'admettre une exception relative à la complicité des médecins et chirurgiens qui auront contribué à rendre un jeune homme impropre au service. » M. le garde des sceaux, en adoptant cet amendement, insista pour qu'une amende fût réunie à l'emprisonnement, parce que, dit-il, c'est presque toujours une pensée de gain qui détermine un acte de cette nature.

1. * * Cette disposition a été reproduite dans l'art. 63 de la loi du 27 juillet 1872, sur le recrutement de l'armée.

2. * * Cette réserve ne peut évidemment s'appliquer qu'aux complices, et c'est aussi pour eux qu'elle a été écrite. L'art. 63 de la loi du 27 juillet 1872 porte, en effet : « La peine portée au présent article est prononcée contre les complices. Si les complices sont des médecins, chirurgiens, officiers de santé ou pharmaciens, la durée de l'emprisonnement est de deux mois à deux ans, indépendamment d'une amende de 200 à 1,000 fr. qui peut aussi être prononcée, *et sans préjudice de peines plus graves dans les cas prévus par le Code pénal* ».

3. * * Loi du 27 juillet 1872, art. 63. V. la note précédente.

1344. La deuxième exception est dans l'art. 316 du Code, qui punit le crime de *castration*. Cette mutilation est incriminée indépendamment de ses suites et de la gravité de la maladie qui peut en résulter.

La loi romaine punissait également ce crime, qui, sous le Bas-Empire, était l'objet d'une horrible spéculation. Les eunuques se vendaient chèrement, et la cupidité les multipliait. La loi 4 au Dig. *ad leg*, *Corn. de sicariis* avait déjà défendu cet infâme commerce: *Nemo liberum servumve invitum sinentemve castrare debet*; *neve quis se spontè castrandum præbere debet.* La loi 1 du Code *de eunuchis* renouvelle ces dispositions: *Si quis post hanc sanctionem in orbe romano eunuchos fecerit, capite puniatur.* Le commerce des eunuques est prohibé; les tabellions qui en passeraient les actes sont réputés coupables, les biens des complices sont confisqués. Toutefois ces prohibitions et ces peines ne s'appliquent qu'aux eunuques de l'empire, *in orbe romano*; le commerce des eunuques barbares est autorisé: « *Barbaræ gentis eunuchos extrà loca nostro imperio subjecta factos, cunctis negociatoribus vel quibuscumque aliis emendi in commerciis et vendendi ubi voluerint, tribuimus facultatem*[1]. »

Quoique ce commerce ait cessé de s'exercer dans nos contrées occidentales, la jurisprudence maintint les peines portées par les empereurs romains[2]. Julius Clarus en donne la raison: « *Membra generationis sunt membra quæ habent proprias et distinctas operationes*, *imo dicuntur esse membra nobilia ea per quæ salvatur species humana; et ideo mutilans illa debet puniri tanquam inimicus naturæ*[3]. » Jousse ne fait que copier la loi romaine, lorsqu'il dit: « Ceux qui se mutilent eux-mêmes dans les parties nécessaires à la génération sont punissables de la mort. Les chirurgiens ou autres qui mutilent les autres pour en faire des eunuques doivent être punis de mort[4]. »

1. L. 2, C. de eunuchis.

2. Menochius. cas. 570, num. 1; Farinacius, quæst. 20, num. 153; quæst. 128, num. 32; Damhouderius, Prax. crimin. cap. 38. t 11, p. 260.

3. Julius Clarus, quæst. 68, num. 7.

4. Jousse, t. 3, p. 834.

1345. La castration ne peut être considérée que comme un homicide volontaire : elle n'est donc punissable que lorsqu'elle s'opère sur autrui ; mais alors, quels qu'en soient les motifs, la vengeance, la jalousie ou la spéculation, la peine est la même. C'est ce qui résulte de l'exposé des motifs du Code : « Comment, disait l'orateur du Corps législatif, parler de cette mutilation qui, lors même qu'elle n'ôte pas la vie, prive des moyens de la transmettre ? et comment la passer sous silence en traitant des attentats qui peuvent être dirigés contre les personnes ? Si la mort suit le crime, ce sera la peine capitale ; ce seront les travaux perpétuels dans toute autre circonstance. Le législateur n'a pas dû prendre en considération les motifs du coupable ; sa cruauté n'est-elle pas la même, soit qu'elle ait été excitée par la jalousie, provoquée par la vengeance, ou inspirée par le seul désir d'ajouter, dans nos temples ou sur nos théâtres, aux charmes de la mélodie ? »

L'art. 316 est ainsi conçu : « Toute personne coupable du crime de castration subira la peine des travaux forcés à perpétuité. Si la mort en est résultée avant l'expiration des quarante jours qui auront suivi le crime, le coupable subira la peine de mort. » Cette distinction n'avait pas éte faite par le Code de 1791, qui portait seulement : « Le crime de castration sera puni de mort. »

La Cour de cassation a défini ce crime : « Il se commet, suivant un arrêt, par l'amputation d'un organe quelconque nécessaire à la génération[1]. » Il suit de la généralité de ces expressions qu'il faut considérer deux conditions pour la constitution du crime : le but direct que le coupable se proposait d'atteindre, l'anéantissement de la faculté procréatrice, et le résultat matériel de la blessure, l'ablation d'un organe quelconque nécessaire à la génération. Le concours de ces deux éléments forme le crime de castration. La durée de la maladie ou de l'incapacité de travail occasionnée par la blessure ne change ni le caractère du fait, ni la nature de la peine. La mort survenue avant l'expiration des quarante

1. Arr. 1er sep. 1814, rapp. par Bourguignon, t. 3, p. 200.

jours motive toutefois l'aggravation du châtiment, et la peine de mort est prononcée dans ce cas, quoique le crime de castration ne puisse avoir et que la loi ne lui reconnaisse que le caractère d'un meurtre, ainsi que cela résulte des termes de l'art. 325. Nous verrons dans un prochain chapitre que le crime de castration est excusable, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur.

1346. Le troisième élément de l'aggravation pénale résultant de l'incapacité de travail est la durée de cette incapacité: cette durée doit être, suivant les termes de l'art. 309, de plus de vingt jours, Dans ce délai se trouvent compris et le jour où les violences ont été exercées, et le jour de l'expiration du terme. Mais il ne suffirait pas que l'incapacité de travail eût duré exactement *vingt jours*, car la loi exige plus de vingt jours, et par conséquent *vingt et un jours* au moins [1].

Cette durée se constate habituellement par les rapports des médecins; mais le juge doit lui-même vérifier les faits et juger les rapports, car il ne délègue qu'une partie de ses pouvoirs aux experts; il se réserve d'apprécier les motifs de leurs conclusions et ces conclusions elles-mêmes. Quelle serait la base de l'appréciation de la durée de la maladie, si le malade, par un événement accidentel, est décédé avant l'expiration des vingt jours? Il faudrait, dans ce cas, statuer d'après la nature constatée des blessures et les chances probables de leur guérison, en résolvant toutefois les doutes en faveur du prévenu [2]. Cette hypothèse s'est présentée, et la Cour de cassation a pensé qu'il y avait lieu de n'appliquer que l'art. 311. Son arrêt dispose: « que quand l'intention de donner la mort ne peut être imputée au coupable, la pénalité se base principalement sur les conséquences matérielles que les coups et blessures volontaires ont eues pour la victime; que, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 309, il faut que les coups ou blessures aient entraîné la mort de la victime ou une incapacité de travail de plus de vingt jours; que ce sont là des résultats effectifs auxquels, dans l'esprit comme

1. Cass., 9 juill. 1812, S. 13.1.66.
2. C. sup. Brux., 17 mars 1825, Dall. 11.968.

dans les termes de la loi, on ne saurait substituer, sans arbitraire, des avis des hommes de l'art, ou des calculs scientifiques plus ou moins certains ; que du moment où, par un fait étranger à l'action, la condition nécessaire pour qualifier le crime ne s'est pas accomplie, on ne saurait, se basant sur la moralité de cette action, argumenter des suites normales qu'elle devait avoir dans l'état de la science, pour en faire ressortir à la charge du coupable une condition qui ne s'est pas réalisée ; que, dans l'espèce, il résultait des constatations que le sieur Beau, bien qu'atteint d'une fracture qui, d'après l'opinion des hommes de l'art, devait nécessairement entraîner une incapacité de travail personnel de plus de vingt jours, est décédé le dix-septième jour par suite d'un accès de choléra déterminé par un écart de régime ; qu'au moment du décès, la révolution de vingt jours ne s'était pas accomplie, et que le fait imputé au prévenu ne rentrait ni dans les crimes prévus par les art. 295, 302 et 2, ni dans les cas prévus par le deuxième paragraphe de l'art. 309 ; que dès lors l'arrêt attaqué, en ordonnant le renvoi devant la juridiction correctionnelle, a fait une juste application de l'art. 311[1]. »

1347. La quatrième classe des violences se compose des coups et blessures qui ont occasionné la mort.

La Cour de cassation avait jugé par de nombreux arrêts « que le véritable esprit de la loi est que celui qui a volontairement fait des blessures ou porté des coups se rend coupable des suites qu'ils peuvent avoir, de sorte que si ces blessures ou ces coups donnent la mort, ils constituent le crime de meurtre[2]. » Cette jurisprudence, même avant la rectification du Code, allait, suivant nous, au delà de ses termes, puisque l'intention de nuire en portant des coups ou en faisant des blessures n'emporte pas nécessairement la volonté de donner la mort, et que cette volonté est la condi-

1. Cass., 18 mars 1854, Bull. n. 70.

2. Cass., 14 février 1812, Bull. n. 31 ; 2 juill. 1817, Bull. n. 75; 6 mars, 9 oct. 1823, Bull. n. 31 et 141 ; 28 avril 1826, Bull. n. 42 ; 26 janv. 1827, Bull. n. 18 ; 13 mars, 29 déc. 1828, Bull. n. 74 et 320 ; 16 juill. 1829, Bull. n. 159; 12 mars 1831. Bull. n. 50.

tion constitutive du meurtre. C'est pour mettre un terme à cette jurisprudence trop rigoureuse, et en même temps pour remplir une lacune que les termes trop restreints de l'article 309 présentaient, que le législateur a ajouté à cet article un deuxième paragraphe ainsi conçu : « Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés à temps. »

L'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832 justifiait en ces termes cette addition : « Des blessures faites sans l'intention de donner la mort, mais qui cependant l'ont occasionnée, sont punies comme le meurtre volontaire ou l'assassinat : cette sévérité, qui résulte moins d'un texte précis de loi que de la jurisprudence, a jeté plusieurs fois le jury dans une cruelle alternative. Celui qui n'a pas voulu donner la mort, quoique coupable des blessures qui l'ont occasionnée, ne peut être assimilé à celui qui a frappé, avec ou sans préméditation, mais avec la volonté du meurtre. Le projet ne rend pas néanmoins le sort de celui qui s'est livré à des violences étranger aux suites qu'elles peuvent avoir. Si la victime de ces violences vient à succomber, quoiqu'elles ne fussent pas dirigées contre sa vie, le coupable sera condamné aux travaux forcés à temps. »

L'application de cette peine est donc subordonnée à cette condition, que la mort a été occasionnée par les violences ; c'est cette relation qui témoigne de leur gravité par leurs résultats. Mais l'appréciation de l'influence des violences sur le décès survenu donne lieu à de graves difficultés. Nous croyons devoir rappeler ici quelques règles établies par nos anciens criminalistes. Ils posaient trois cas distincts.

1348. Lorsqu'il était constant que la blessure était mortelle, l'agent était responsable de la mort, lors même qu'elle n'était survenue que quelque temps après la blessure, et que les secours de l'art n'auraient point été appelés pour la guérir. *Quando constat vulnus fuisse mortale, morte sequutâ, vulnerans de occiso tenetur, quia ex vulnere præsumitur decessisse, etiam ex intervallo, etiam non adhibito medico* [1].

1. Farinacius quæst. 127, n. 10, 11 et 12; Julius Clarus, Homicidium, n. 42.

Lorsqu'il était constaté, au contraire, que la blessure n'était pas mortelle, la mort qui avait suivi n'était pas présumée avoir été occasionnée par cette blessure. La présomption était alors que la mort avait pour cause quelque faute ou quelque négligence dans le traitement de la blessure. *Quando constat vulnus non fuisse mortale, et etiam constat de aliquâ culpâ aut negligentiâ adhibitâ in curando vulneratum, et sic vulnerans non de occiso, sed de vulnere tenetur* [1].

Enfin, lorsque la nature et les effets probables de la blessure n'étaient pas connus, lorsqu'il existait des doutes à cet égard, on examinait le traitement et les soins auxquels le malade avait été soumis : s'il n'apparaissait aucune trace de négligence soit de la part du médecin, soit de la part du malade, la mort était imputée à l'auteur des violences ; s'il existait au contraire des signes d'imprudence ou de mauvais régime, il n'était responsable que de la blessure, et non de la mort [2].

Ces sages distinctions peuvent encore être invoquées ; elles viennent même à l'appui de la règle que la loi a tracée en déclarant la nécessité d'un lien entre les blessures et le décès : or cette relation n'existe plus, lorsque la blessure n'était pas de nature à causer la mort, lorsqu'une maladie accidentelle, qui n'avait point son germe dans cette blessure, s'est développée tout à coup, lorsqu'enfin on peut imputer au malade une grande infraction de son régime, au médecin une faute dans ses prescriptions. L'auteur des violences peut rappeler alors cette règle de la loi romaine : *Si vulneratus fuerit servus, non mortiferè, negligentiâ autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso* [3]. Comment, en effet, le rendre responsable d'un fait qui n'est pas la suite de son action ? On ne peut lui imputer que les blessures et leurs

1. Farinacius, *ibid.*, n. 13-18 ; Julius Clarus, Homicidium, n. 4 ; arr. parl. Paris, 18 janv. 1631.

2. Julius Clarus, Homicidium, n. 42 ; Farinacius quæst. 127, n. 20.

3. L. 30, § 4, Dig. ad legem Aquiliam. Damhouderius, in Praxi criminali, ch. 77, n. 19.

conséquences ; les accidents survenus à la suite, et par l'action d'une cause étrangère, ne lui appartiennent pas. Mais la solution devrait être différente, si les violences n'avaient fait que hâter le décès d'une personne même déjà malade, ou si la maladie accidentellement survenue a puisé son germe dans les blessures ; car, bien que dans l'un et l'autre cas les violences ne soient pas la seule cause de la mort, et que la constitution physique du malade l'ait en partie déterminée, cependant elles en ont été l'occasion ; leur conséquence doit peser sur leur auteur.

1349. Cette distinction a été appliquée dans une espèce où la personne frappée, déjà atteinte d'une maladie grave, était morte par l'effet du contre-coup que cette violence lui avait fait éprouver. Les juges du fait avaient appliqué l'art. 311, parce qu'il leur semblait injuste de rendre l'auteur d'une violence légère responsable de la mort d'un homme déjà gravement malade. A l'appui du pourvoi formé contre cet arrêt, le procureur général disait : « L'auteur des blessures est responsable de leurs conséquences, et quel qu'ait été l'état de santé de la victime, il suffit qu'elle ait succombé par suite de la violence qui lui a été faite, pour que la mort devienne un élément nécessaire de la culpabilité ; car bien que, dans ce cas, les violences ne soient pas la seule cause de la mort, et que la constitution physique du malade l'ait en partie déterminée, cependant elles en ont été l'occasion, elles l'ont hâtée, et leur conséquence doit peser sur leur auteur. S'il en était autrement, l'application de l'art. 309 donnerait lieu, dans la plupart des cas, à des difficultés presque insolubles, puisqu'il faudrait tenir compte de tous les accidents apparents ou cachés qui, de près ou de loin, auraient pu concourir avec la violence pour déterminer la mort. » La cassation a été prononcée, « attendu qu'il résulte des faits de la cause que Meysson a porté des coups à Roques, et que ces coups, quoique portés sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée ; que ces faits rentrent littéralement dans les prévisions de l'art. 309 ; que, dès qu'il est reconnu que les coups portés volontairement ont occasionné la mort, il y a lieu à l'application des peines édictées par cet

article, sans que cette application puisse, en aucun cas, être éludée ou modifiée par la considération de l'état dans lequel pouvait se trouver la victime de ces violences ; qu'en se fondant sur l'état maladif où se trouvait Roques quand il a reçu les coups portés par Meysson, pour appliquer à celui-ci les peines portées en l'art. 311, l'arrêt attaqué a faussement appliqué cet article [1]. »

1350. Au reste, toutes les présomptions que nous venons de rappeler, toutes les distinctions qui séparent les diverses classes de blessures, sont fondées sur l'étude des faits, et cette étude appartient à la science médicale. Suit-il cependant de là, comme le prétend Farinacius, que l'opinion des médecins doive nécessairement entraîner celle des juges sur la cause de la mort, attendu que cette question appartient à l'art médical ? *Judex debet amplecti testimonium medicorum, quia sciunt et possunt verè testificari, et præsumuntur verum dicere* [2]. Nous ne pensons pas que cette maxime doive être rigoureusement suivie. Les experts (et en ce cas les médecins sont des experts) remplissent à la vérité une mission de la justice, ils font l'office du juge lui-même, auquel ils apportent les notions, les connaissances spéciales qui lui manquent ; mais leur appréciation n'est point un jugement, elle n'a que la valeur d'un témoignage ; les juges doivent l'apprécier. « La véritable règle qu'on doit établir en cette matière, dit Jousse, est qu'il ne faut pas s'en rapporter absolument au rapport des médecins et chirurgiens... Le plus sûr est de laisser la chose à l'arbitrage du juge qui, suivant la qualité et l'endroit de la blessure comparée au rapport des experts et à la manière dont ce rapport est fait, et aussi au temps que le blessé a vécu depuis sa blessure, à la manière dont il a été gouverné dans sa maladie, au régime de vie qu'il a suivi, doit juger si le blessé est mort de la blessure ou d'une autre cause [3]. » L'un des vices du système de notre Code en cette matière, nous l'avons déjà dit, est de subor-

1. Cass., 12 juill. 1844, Bull. n. 264 ; Dev.44.1.838.
2. Farinacius, quæst. 127, num. 30 ; 101 et seq.
3. Traité des mat. crim., t. 3, p. 496.

donner la nature du délit aux effets des coups et des blessures, et par conséquent à l'appréciation des hommes de l'art; la pratique doit réagir contre cette conséquence que le législateur n'a pas aperçue, et qui aurait pour effet de remplacer les règles légales, dans la répression des délits de cette nature, par les décisions quelquefois partiales et souvent erronées des hommes de l'art.

1351. Une question fort grave s'élève ici. La loi n'a point déterminé le délai dans lequel le décès de l'individu blessé doit suivre la blessure, pour qu'il en soit réputé le résultat. Faut-il induire de son silence que, quelle que soit l'époque du décès, la peine des travaux forcés doit nécessairement être appliquée au coupable ? Cette opinion, qui aurait pour conséquence de tenir en suspens le jugement du prévenu pendant un temps indéterminé, ne nous semble pas pouvoir être admise. Les anciens jurisconsultes avaient établi en règle que la mort ne pouvait plus être imputée à l'agent, si plus de quarante jours s'étaient écoulés depuis la blessure. ***Si obiit vulneratus intra quadraginta dies post illatum vulnus, præsumitur in vulnere decessisse; secus si moriatur post quadraginta dies***[1]. Cette distinction aurait été adoptée dans notre ancienne jurisprudence, ainsi que Jousse en rend témoignage : « Si le blessé a toujours été en empirant depuis la blessure, et qu'il soit mort peu de temps après, il est présumé être mort de cette blessure, et l'accusé, par conséquent, réputé coupable de la mort. Ce temps est ordinairement de quarante jours, suivant l'opinion la plus commune, parce que, suivant le jugement des médecins, une personne blessée mortellement ne peut vivre plus de quarante jours après sa blessure. Si le blessé ne meurt qu'après les quarante jours, l'accusé ne pourra être puni comme homicide, mais seulement pour raison de sa blessure[2]. »

Cette règle générale a été recueillie par le Code pénal,

1. Farinacius, quæst. 127, num. 46, et ita Boerius, decis. 323, num. § 11 et seq.; Julius Clarus, § Homicidium, num. 44; Mornac ad leg. 51, Dig. ad leg. Aquiliam; d'Argentré, sur l'art. 576 de la cout. de Bretagne.

2. Traité des mat. crim., t. 3, p. 177.

dans son art. 231 relatif aux violences commises envers les fonctionnaires, et qui fixe un délai de quarante jours au delà duquel l'accusé n'est plus responsable de la mort de l'individu qu'il a frappé, alors même qu'il serait constant que sa mort a été la suite et le résultat des violences [1]. Or l'art. 231 et l'art. 309 prévoient le même fait, la même espèce ; la qualité de la victime ne change point la nature de l'action ; ce n'est pas seulement une analogie, c'est une hypothèse identique. Il ne peut exister aucune raison de l'appliquer là, pour la repousser ici. D'ailleurs cette application est réclamée par les plus graves motifs : si ce délai de quarante jours met l'accusé à l'abri de l'aggravation de la peine, c'est qu'il élève des doutes sur la cause de la mort, c'est qu'il ne permet plus de saisir la relation des blessures avec cet événement, c'est qu'il forme une présomption en faveur de l'agent. Supprimez ce délai, la loi n'en a indiqué aucun autre. Il sera possible que les coups portés ne causent la mort qu'après six mois, qu'après un an ; faudra-t-il donc que leur auteur reste pendant un temps indéfini avec le poids d'une responsabilité terrible et l'attente d'une peine qui serait subordonnée à un événement incertain ? faudra-t-il le détenir pendant toute la maladie, quelque longue qu'elle soit, dans l'incertitude de la peine applicable ? ou, s'il est jugé avant la fin de cette maladie, la nature de la peine devra-t-elle donc dépendre du plus ou du moins de célérité de la procédure, et en quelque sorte de l'activité ou de la lenteur de l'instruction ? Le seul moyen d'éviter ces conséquences bizarres et contraires à l'esprit de la loi pénale est d'étendre à l'art. 309 la règle sage établie par l'art. 231.

Mais la Cour de cassation a pensé que c'est là une circonstance du fait qui ne doit pas être appréciée en la subordonnant à un délai que la loi n'a pas expressément fixé, et qu'il ne peut dès lors appartenir qu'au jury de décider si la mort, quel que soit le temps dans lequel elle est intervenue, a été ou n'a pas été la conséquence de la blessure. Dans une espèce où le pourvoi était fondé sur le délai prolongé qui

1. V. notre t. 3, n. 905.

s'était écoulé entre les blessures et le décès, le rejet a été prononcé, « attendu que le deuxième paragraphe de l'art. 309 n'a pas subordonné l'application de ses dispositions au cas où la mort aurait lieu dans un délai déterminé ; qu'il a abandonné à la conscience du jury la question de savoir si les coups et blessures ont été la cause de la mort[1]. »

1352. Le crime ou le délit qui résulte des coups ou blessures s'aggrave : 1° lorsqu'ils ont été portés avec préméditation et guet-apens ; 2° lorsqu'ils ont été portés par l'agent sur ses père et mère ou sur ses ascendants légitimes.

L'art. 311, qui prévoit et punit les coups et blessures qui n'ont pas occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours, ajoute : « S'il y a eu préméditation ou guet-apens, l'emprisonnement sera de deux ans à cinq ans, et l'amende de 50 fr. à 500 fr. » L'art. 310, qui se réfère à l'art. 309, c'est-à-dire aux deux cas où les blessures ont été suivies soit d'une incapacité de travail de plus de vingt jours, soit de la mort, est ainsi conçu : « Lorsqu'il y aura eu préméditation ou guet-apens, la peine sera, si la mort s'en est suivie, celle des travaux forcés à perpétuité ; si les violences ont été suivies de mutilation, amputation, ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes, la peine sera des travaux forcés à temps; dans le cas prévu par le premier paragraphe de l'art. 309, la peine sera celle de la réclusion. » Ainsi dans chacune de ces trois hypothèses, la présence de la préméditation fait monter la peine d'un degré[2].

Lors de la discussion du projet du Code pénal, un membre du conseil d'Etat avait proposé d'assimiler à l'assassinat le guet-apens avec armes, duquel seraient résultées seulement des blessures. M. Berlier répondit : « qu'il fallait se rappeler

1. Cass., 10 juin 1853, Bull. n. 207.

2. * * Jugé que, le guet-apens ne pouvant exister sans préméditation. est contradictoire la déclaration du jury qui, en matière de coups et blessures volontaires, résout négativement la question de préméditation et affirmativement celle de guet-apens (Cass., 29 mars 1877 ; Bull. n. 93),

que, d'après des dispositions déjà adoptées, une canne dont on s'est servi pour frapper est réputée arme ; or, si quelqu'un attend son ennemi au coin d'une rue ou d'un chemin, avec une canne ou un bâton, dans le dessein de le battre, cette action est criminelle sans doute, mais elle ne l'est pas au même degré que l'embuscade qui aurait pour objet de tuer ; et bien qu'il y ait guet-apens dans l'un et l'autre cas, ils ne sauraient sans injustice être punis de la même manière. La distinction entre le meurtre et les blessures peut donc s'appliquer même au guet-apens [1]. » Il suit de là qu'il importe de bien distinguer la préméditation et le dessein de tuer : la préméditation, que nous avons définie dans le chapitre précédent, aggrave la peine applicable au crime ou délit de blessures, mais ne change point la nature de ce délit ou de ce crime ; le dessein de tuer, au contraire, le transforme en tentative de meurtre ou d'assassinat. Il a été jugé, conformément à cette distinction, « qu'il n'y a nulle contradiction dans deux réponses du jury, négative quant à l'intention de donner la mort, et affirmative quant à la préméditation de la volonté de porter des coups ou blessures, puisque le Code pénal, par ses articles 297 et 310, a formellement admis ces deux espèces de préméditation [2]. » Il a encore été jugé « que la préméditation ne constitue pas un fait distinct et indépendant des coups et blessures, qu'elle s'y rattache intimement et devient, lorsqu'elle est établie, un des éléments du délit » ; d'où il a été induit que, lors même que la citation ou l'ordonnance de mise en prévention n'en fait pas mention, lors même que le juge de première instance n'a pas relevé cette circonstance, elle peut être relevée devant le juge d'appel sans porter atteinte au principe du double degré de juridiction [3].

1353. L'art. 312, modifié par la loi du 13 mai 1863, est ainsi conçu :

1. Procès-verb. du Cons. d'État, séance du 8 nov. 1808.
2. Cass., 14 janv. 1841, Bull. n. 9.
3. Cass., 29 juin 1855, Bull. n. 235.

« Art. 312. L'individu qui aura volontairement fait des blessures ou porté des coups à ses père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes, sera puni ainsi qu'il suit : — de la réclusion, si les blessures ou les coups n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité de travail personnel de l'espèce mentionnée en l'art. 309 ; — du maximum de la réclusion, s'il y a eu incapacité de travail pendant plus de vingt jours ou préméditation ou guet-apens ; — des travaux forcés à temps, lorsque l'article auquel le cas se référera prononcera la peine de la réclusion ; — des travaux forcés à perpétuité, si l'article prononce la peine des travaux forcés à temps. »

On lit dans l'exposé des motifs :

L'art, 312 établit une gradation analogue pour les cas de violence commis sur des ascendants légitimes. Toutes les peines prononcées dans les art. 309, 310, 311, sont élevées alors d'un degré, excepté celle des travaux forcés à perpétuité, qui reste le dernier terme de la progression. Le nouvel art. 312 serait conçu dans le même esprit. Les changements qu'on y remarque proviennent de la même cause que ceux de l'art. 310 : seulement, comme la gradation compterait ici un degré de plus, pour l'arrêter à la peine des travaux forcés à perpétuité, il a fallu établir deux degrés dans la réclusion, qui est le point de départ. C'est un moyen autorisé par des précédents dans le Code même.

Une première remarque sur cet article est que ses termes sont limitatifs ; il ne s'applique qu'aux violences exercées par les descendants sur les ascendants ; ainsi celles qui seraient exercées soit par les père et mère sur leurs enfants, soit par un mari sur sa femme, ne rentrent point dans ses termes [1].

1354. On avait induit de ce silence que ces sortes de violences ne sont point comprises dans les termes de la loi. On pensait que la nature et la loi civile, en conférant aux maris la puissance, aux pères et mères le droit de correction, formaient obstacle à ce que les violences qu'ils exerçaient sur

1. * * L'art. 312 doit être restreint au cas de violences exercées sur les ascendants légitimes, naturels ou adoptifs : il n'est pas applicable aux coups et blessures dont un gendre se serait rendu coupable sur son beau-père ou sa belle-mère (Douai, 14 juin 1881; S.82.2.219).

leurs femmes ou sur leurs enfants pussent constituer un délit. Sous l'ancien droit, la jurisprudence faisait une distinction, elle tolérait les violences légères, elle punissait les violences graves : *Verberare possunt, modo non excedant castigationis terminos, alioquin de excessu puniantur*[1]. En conséquence, le fils ne pouvait porter plainte que pour les coups les plus graves : *In patre verberanti filium, filius injuriarum actione agere non potest (si injuria atrox non sit), cum non animo imperandi sed corrigendi*[2]. Il nous semble que cette distinction doit être faite encore en ce qui concerne les pères et mères et les personnes qui ont autorité sur les enfants. Les parents, les maîtres, les tuteurs ne pourraient être poursuivis à raison des châtiments qu'ils infligent aux enfants, pourvu que ces châtiments n'excèdent point les bornes de la modération, et ne deviennent pas de mauvais traitements[3]. Ce n'est point même là une exception aux règles que nous avons posées plus haut; car les coups portés modérément, en vue de la correction, ne feraient point supposer la volonté criminelle, qui est l'un des éléments du délit. La Cour de cassation a consacré cette distinction, en déclarant « que si la nature et les lois civiles donnent aux pères sur leurs enfants une autorité de correction, elles ne leur confèrent pas le droit d'exercer sur eux des violences ou mauvais traitements qui mettent leur vie ou leur santé en péril ; que ce droit ne saurait être admis, surtout contre les enfants qui, dans la faiblesse du premier âge, ne peuvent jamais être coupables de fautes graves ; que la qualité de mère ne peut donc, dans l'état des faits, affranchir la condamnée des dispositions du Code pénal[4]. »

1355. Mais la même distinction ne peut être introduite dans les violences commises par l'un des époux sur l'autre. Ce n'est assurément qu'avec une extrême réserve que l'action publique doit porter devant les tribunaux des violences de

1. Menochius, casu 364, num. 17.
2. Farinacius, quæst. 105, num. 138.
3. * * V. Nîmes, 31 janv. 1879; S.79.1.160.
4. Cass., 17 déc. 1819, S.20.1.145.

cette nature, car une telle poursuite ne tend qu'à mettre obstacle au rapprochement des époux; mais il est évident que les dispositions générales de la loi pénale les comprennent comme toutes les autres, et nous ne voyons aucun motif pour créer une distinction qu'elle n'a point établie. Telle est l'opinion que la Cour de cassation a consacrée par un arrêt portant: « que l'art. 311 est général dans ses dispositions ; qu'il n'admet aucune exception relativement aux personnes ; que si la justice ne doit interposer son autorité entre époux qu'avec réserve et discrétion, c'est aux tribunaux qu'il appartient, d'après les faits déclarés constants, d'apprécier le plus ou moins de gravité des voies de fait qu'un mari a pu exercer sur la personne de sa femme ; et que, quelle que soit la condition des époux, les blessures ou les coups portés par un mari à sa femme, surtout s'il y a eu préméditation, sont punissables par application dudit article [1]. » Un autre arrêt a décidé encore : « que les art. 272, 273 et 274 du Code civil ne s'appliquent qu'aux sévices et voies de fait qui peuvent servir de base aux demandes en séparation de corps et qui peuvent être effacés par la réconciliation des époux ; mais que ces articles ne peuvent mettre obstacle à l'action publique, fondée sur les délits prévus par l'art. 311, ni atténuer les peines édictées par cet article [2]. »

1356. Il n'y a pas lieu non plus d'étendre la même distinction aux coups qui seraient infligés, par mesure de correction, dans les prisons, par les gardiens aux détenus. Cette mesure, en effet, n'est point au nombre des peines disciplinaires que le règlement du 10 mai 1839 a maintenues pour assurer l'ordre dans les lieux de détention ; elle ne fait pas partie des moyens de correction que les gardiens sont autorisés à employer ; dès lors, elle constitue une voie de fait qui rentre dans les termes de la loi pénale. Toutefois, dans une espèce où le gardien d'une prison, qui avait frappé un détenu, avait été renvoyé de la poursuite par la juridiction correctionnelle, le pourvoi formé contre cet arrêt par le pro-

1. Cass., 2 fév. 1827, S.28.1.80.
2. Cass., 7 mai 1851, Bull. n. 169.

cureur général a été rejeté; mais ce rejet est fondé sur ce que le prévenu, ayant cru par erreur agir conformément à un règlement, et n'ayant infligé qu'un coup léger pour une faute grave, avait été déclaré exempt de toute intention coupable[1]. C'est donc là un arrêt d'espèce et non de principe; en thèse générale, le droit de frapper les détenus dans les maisons de correction et de détention, et à plus forte raison dans les maisons de justice, n'existe pas; le gardien qui se livre à des voies de fait ne trouve donc aucune cause d'excuse dans la fonction qu'il exerce, il est investi d'une autorité qui est définie par les règlements; s'il en dépasse les limites, il est responsable, et l'excès qu'il commet, s'il tombe sous les termes de la loi pénale, doit en subir l'application.

1357. Il y a lieu de remarquer que l'art, 312 ne parle que de « l'individu qui aura volontairement *fait des blessures* ou *porté des coups* à ses ascendants; » il ne rappelle pas *les autres violences ou voies de fait* qui sont incriminées dans les articles précédents. De là, on pourrait induire que ces violences et voies de fait, même quand elles sont exercées sur la personne des ascendants, trouvent une répression suffisante dans les peines édictées par les art. 309, 310 et 311. La Cour de cassation n'a pas pensé qu'une telle induction fût fondée. Il lui a paru que les termes de l'art. 309 dominent les textes qui suivent et qu'il n'était pas possible d'établir deux classes de violences avec ou sans coups ou blessures. Il était constaté par un arrêt de la Cour de Colmar que « Antoine Muller avait saisi son père, l'avait volontairement jeté avec violence dans une rigole, et lui avait serré la gorge jusqu'à ce qu'un voisin, attiré par le bruit, l'eût arraché de dessus son père. » La Cour avait déclaré la juridiction correctionnelle incompétente pour connaître de ces violences. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté; « attendu que si l'art. 312 n'attache l'aggravation pénale qu'il édicte qu'aux coups portés et aux blessures faites par un fils à ses père et mère et autres ascendants, il n'y a pas lieu de restreindre son application à cette seule espèce de violence; qu'il ne fait, en effet, que prévoir une

1. Cass., 7 juin 1861, Bull. n. 117.

circonstance aggravante du délit prévu par les art. 309 et 311 auxquels il se réfère, et qu'il ne peut exister aucun motif d'appliquer cette aggravation aux coups et blessures et de ne pas l'appliquer aux autres violences ; que, d'ailleurs, la loi du 13 mai 1863, qui a introduit dans les art. 309 et 311 les mots « ou toute autre violence ou voie de fait », a également ajouté à l'art. 309 un troisième paragraphe dans lequel le mot *violences* embrasse toutes les voies de fait, et même les coups et blessures, d'où l'on doit inférer que, dans ces différents articles, les coups et blessures se confondent avec les violences et voies de fait et n'ont pas un caractère distinct[1]. »

1358. Le deuxième paragraphe de l'art. 312 se réfère aux hypothèses prévues par l'art. 311, et prononce contre les violences, au lieu de la peine de l'emprisonnement, celle de la réclusion. Il suit de là, en premier lieu, que les coups portés à un père, à un ascendant, quelque légers qu'ils soient, constituent un crime, et deviennent, par la seule qualité de la victime, justiciables de la Cour d'assises[2]. Il en résulte encore que, dans la même hypothèse, la question de simple tentative des coups et violences peut être posée au jury, puisque la tentative légale de tous les faits qualifiés crimes par la loi est punissable comme le crime même[3]. Il en résulte enfin que la qualité de la personne à laquelle les coups ont été portés forme dans ce cas une circonstance aggravante qui doit faire l'objet d'une question distincte au jury[4].

1359. Il reste, pour terminer ce paragraphe, à examiner deux dispositions additionnelles qui complètent les dispositions que nous venons de parcourir.

La première autorise les juges à prononcer contre les condamnés pour simple délit de coups ou blessures la sur-

1. Cass., 7 déc. 1866, Bull. n. 253.

2. Cass., 28 avril 1824, Dall., t. 3, p. 416 ; 27 juin 1845, Bull. n. 212.

3. Cass., 3 fév. 1821, Bull. n. 26.

4. Cass., 27 juin 1845, Bull. n. 212 ; 5 mars 1848, Bull. n. 66 ; 17 fév. 1849, Bull. n. 37.

veillance de la police : « Outre les peines correctionnelles mentionnées dans l'article précédent, porte l'article 315, les tribunaux pourront prononcer le renvoi sous la surveillance de la haute police depuis deux ans jusqu'à dix ans [1]. » Il suffit de remarquer, sur cet article, que cette peine accessoire est purement facultative ; qu'elle ne s'applique qu'aux simples délits, attendu qu'elle forme un accessoire nécessaire des peines afflictives et infamantes ; enfin, qu'elle peut être limitée à deux ans, ce qui constitue une dérogation à la règle qui fixe le *minimum* de cette mesure à cinq ans.

1360. La deuxième disposition qui fait l'objet de l'art. 313 prévoit les violences de toute nature qui auraient été commises par des bandes ou réunions séditieuses. Cet article est ainsi conçu : « Les crimes et les délits prévus dans la présente section et dans la section précédente, s'ils sont commis en réunion séditieuse, avec rébellion ou pillage, sont imputables aux chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions ou pillages, qui seront punis comme coupables de ces crimes ou de ces délits, et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis. »

Le but de cet article a été d'établir un lien particulier de complicité : lorsque le délit a été commis en réunion séditieuse avec rébellion ou pillage, les chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de la réunion sont passibles des peines encourues par les auteurs du délit, lors même qu'ils n'y auraient pas personnellement coopéré. « Cette solidarité, disait l'orateur du Corps législatif, semble au premier moment en opposition avec le grand principe qui veut que tous les crimes et les délits soient personnels ; mais, lorsqu'il s'agit d'attroupements, de réunions assez nombreuses pour pouvoir y reconnaître les caractères d'une sédition, les

1. * * La surveillance de la haute police a été supprimée et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement avant sa libération (loi du 27 mai 1885, art. 19).

auteurs et les provocateurs sont les plus criminels ; la multitude, qui suit l'impulsion qu'elle reçoit, est l'instrument à l'aide duquel le chef a frappé immédiatement les coups qui ont été portés, et dès lors il est de toute justice qu'il subisse la peine du crime ou du délit qu'il a fait commettre. » Nous avons déjà vu l'application du même principe dans les articles 100 et 213 ; nous le verrons encore plus loin dans l'article 441.

Il est nécessaire, pour l'application de cet article, que le fait de réunion séditieuse soit constaté, que cette réunion ait été accompagnée de rébellion ou de pillage, enfin que les prévenus soient déclarés les chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions et pillages : le concours de ces trois conditions fait réputer ces agents complices des meurtres, actes de barbarie, coups portés ou blessures faites dans la réunion, et les peines encourues par l'auteur principal leur sont applicables.

CHAPITRE XLIX.

DE L'AVORTEMENT ET DES MALADIES ET ACCIDENTS OCCASIONNÉS PAR L'EMPLOI DE SUBSTANCES NUISIBLES A LA SANTÉ.

(*Commentaire des art.* 317 et 318 *du Code pénal.*)

1361. Objet de ce chapitre.

§ Ier. — *De l'avortement.*

1362. Différences qui séparent l'avortement et l'infanticide.
1363. Il n'y a pas lieu de distinguer si le fœtus, au moment de l'avortement, est ou n'est pas animé.
1364. Dispositions des lois modernes sur cette matière.
1365. Incrimination de l'art. 317; lacunes qu'il contient.
1366. Crime des personnes qui ont procuré l'avortement. Éléments de ce crime.
1367. Que faut-il décider si l'avortement a été le résultat de violences volontaires, mais sans intention de le produire ?
1368. Est-il nécessaire de constater spécialement cette intention ?
1369. Question de savoir si l'art. 317 s'applique à la simple intention de procurer l'avortement.
1370. Examen des textes de l'art. 317 en ce qui concerne cette intention.
1371. Motifs qui s'opposent à l'application de la loi à ce cas.
1372. Motifs du Code pénal sur ce point.
1373. Jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question.
1374. Cas où la femme s'est procuré elle-même l'avortement (2e paragraphe de l'art. 317).
1375. Aggravation du crime d'avortement procuré par un tiers, quand ce tiers est médecin ou officier de santé (3e paragraphe de l'art. 317).
1376. Les sages-femmes sont-elles comprises parmi les officiers de santé ?
1377. Nécessité de constater l'intention en matière d'avortement.
1378. Résumé de cette matière.

§ II. — *Maladies et accidents occasionnés par l'emploi de substances nuisibles à la santé.*

1379. Origine de la deuxième partie de l'art. 317.
1380. Motifs de cette disposition.

1361. Ce chapitre renfermera l'examen de trois délits qui, bien que distincts par leur gravité morale et leurs résultats, se rapprochent les uns des autres et ont été réunis par le législateur, parce qu'ils se commettent par l'emploi d'un même agent matériel, d'une substance nuisible à la santé : ces délits sont, 1° l'avortement ; 2° le fait volontaire d'avoir administré des substances nuisibles ; 3° le débit de boissons falsifiées, contenant des mixtions prohibées.

§ Ier. — *De l'avortement.*

1362. L'avortement, lorsqu'il est commis volontairement, devient un crime : *grave scelus est partûs abactio* ; il prive de la vie un être humain ; il dénote le plus souvent dans son auteur une grave immoralité ; il suppose nécessairement la préméditation. Quelques auteurs, après avoir remarqué que le

crime prend sa source dans les mêmes motifs, qu'il a les mêmes résultats que l'infanticide, ont paru disposés à confondre ces deux attentats. « Entre le crime d'une femme qui se fait avorter au septième ou huitième mois de sa grossesse, dit un publiciste, et celle qui tue son enfant au moment où il vient de naître, il n'existe pas une distance aussi grande qu'entre la réclusion et la mort [1]. » Le projet du Code pénal avait été rédigé d'après cette idée ; Cambacérès combattit ce rapprochement : « Il ne faut pas, comme fait le projet, dit-il, confondre l'avortement avec l'infanticide. Dans l'état de relâchement où sont les mœurs, il est possible qu'une mère, séduite par une fausse honte, croie plutôt prévenir qu'anéantir l'existence de l'enfant qu'elle porte dans son sein; mais donner la mort à son enfant après qu'il est né est un acte de barbarie dont l'horreur ne saurait être palliée par aucune illusion [2]. » Cette distinction est évidente ; la femme enceinte n'est point encore mère, elle n'est point retenue par l'amour d'un enfant qu'elle ne connaît pas, elle est plus excusable quand elle se laisse entraîner par la seule crainte du déshonneur ; son action est moins atroce, parce qu'elle a moins de répugnances à surmonter ; et puis est-il certain que cet être qu'elle détruit eût continué de vivre et fût né viable ? La criminalité est donc moins grave, les résultats moins funestes. Ces deux motifs ont dû placer l'avortement, aux yeux du législateur, au-dessous de l'infanticide.

La plupart des législations ont consacré cette distinction. La loi romaine ne punissait que de l'exil la femme qui s'était fait violemment avorter : *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit : eam in exilium præses provinciæ exiget* [3]. La peine devenait capitale si la femme avait été guidée par un sentiment cupide, si elle avait, par exemple, reçu de l'argent des héritiers de son mari pour anéantir son fruit. *Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, milesiam quamdam mulierem, cum esset in Asiâ,*

1. M. Destrivaux, p. 126.
2. Procès-verb. du Cons. d'Etat, séance du 8 nov. 1808.
3. L. 8, Dig. ad leg. Corn. de sicariis ; l. 4, de extraord. crim.

quod ab heredibus secundis acceptâ pecuniâ partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam [1]. Quant aux complices qui avaient tenté l'avortement, ceux d'une condition honnête étaient condamnés à la relégation dans une île, avec confiscation des biens; mais le dernier supplice leur était appliqué si la femme était morte par l'emploi des substances, ou si l'avortement avait été consommé: *Quod hæc mulier aut homo* [2] *perierit summo supplicio adjicientur* [3].

1363. Le droit canonique établit une distinction que les docteurs ont ensuite transportée dans l'interprétation même de la loi romaine : on considérait si le fœtus était formé, s'il était doué de vie, ou s'il ne constituait encore qu'une matière inerte et inanimée : dans le premier cas, l'avortement était un véritable homicide; dans le second, il ne constituait qu'un délit passible d'une peine pécuniaire : *Quod vero non formatum puerperium noluit ad homicidium pertinere, profecto nec hominem deputavit quod tale in utero geritur; hic de animâ quæstio solet agitari utrum quod formatum non est, nec animatum quidem possit intelligi; et ideo non sit homicidium, quia nec exanimatum dici potest, si adhuc animam non habebat* [4].

Mais comment déterminer l'époque à laquelle le fœtus était doué d'une âme, était animé? Les docteurs étaient partagés : les uns fixaient cette époque au 40e jour de la grossesse, d'autres au 60e, d'autres à 3 mois [5]. Le terme de 40 jours,

1. L. 39, Dig. de pœnis; Damhouderius, in Prax. crim., p. 173, c. 74, n. 14.

2. Les interprètes du Digeste ont longtemps disserté sur le sens de ce mot *homo* : les uns l'ont rapporté à celui auquel le breuvage aurait été offert par erreur, *ad eum cui poculum præbitum est*; les autres le rapportent au fœtus lui-même, auquel la loi donne ce nom, parce qu'elle le suppose animé : *ad fœtum qui jam homo erat cùm abigeretur*. Nous avons adopté cette dernière version.

3. L. 38, § 5, Dig. de pœnis.

4. Corpus jur. canon. Decret. secunda pars, causâ 32, quæst. 2, cap. 8.

5. Farinacius, quæst. 122, num. 139; Menochius, casu 356, num. 85, et casu 357; Damhouderius, ch. 74, n. 15 et 16, p. 173.

proposé par Accurse dans la Glose, formait la règle la plus accréditée : *Ante quadraginta dies, quia antè non erat homo, posteà de homicidio tenetur* [1].

Mais l'admission de cette règle ne tranchait pas toutes les difficultés, car il fallait faire la preuve ; et comment prouver l'époque précise de la grossesse? « La difficulté de cette preuve, dit Muyart de Vouglans, a fait que nous n'avons point admis cette distinction dans notre jurisprudence [2]. » Jousse ajoute : « En France, l'avortement procuré soit avant que fœtus soit animé, soit après, a toujours été considéré comme un crime horrible ; et la religion chrétienne tient pour homicide l'action par laquelle une femme ou fille détruit le fruit dont elle est enceinte, soit qu'il soit vivant ou animé, ou non ; la peine de ce crime est la mort [3]. »

Le Code de 1791, supprimant également toute distinction, se bornait à cette seule disposition : « Quiconque sera convaincu d'avoir, par breuvage, par violence ou par tous autres moyens, procuré l'avortement d'une femme enceinte, sera puni de vingt années de fers. » Cette disposition, évidemment incomplète, ne punissait que l'agent et non la femme, et la peine était la même, quoiqu'elle eût ou non consenti.

1364, Les lois modernes des pays étrangers ont été plus explicites. Plusieurs législations distinguent d'abord la tentative d'avortement et l'avortement consommé : la tentative non suivie d'effet ou l'avortement manqué n'est puni que d'un emprisonnement d'un mois à un an, dans le Code d'Autriche (art. 129). Le Code de la Louisiane élève dans le même cas la peine à trois ans (art. 471). Les lois de Naples « distinguaient » la simple tentative dont l'exécution est suspendue par la volonté, et le crime manqué dans son effet : dans le premier cas la peine est d'un à six mois, dans le second de six mois à deux ans (art. 398). Une deuxième distinction établie par les lois étrangères est relative au con-

1. Glos. in l. 4, Dig. de extraord. crim.
2. Lois crim., p. 178.
3. Traité des mat. crim., t. 4, p. 20.

sentement de la femme ; la peine s'aggrave si l'avortement a été procuré sans son consentement : ainsi dans le Code d'Autriche la peine s'élève d'un an à cinq ans ; dans celui de Naples, de la relégation à la réclusion [1].

La plupart de ces lois aggravent les peines quand le crime a été commis ou favorisé par un médecin ou chirurgien [2]. Les statuts anglais prévoient le cas où il n'est pas certain que la femme fût enceinte ; il reste alors une intention criminelle avec un fait matériel équivoque, et la peine est réduite à un emprisonnement que le juge mesure presque arbitrairement [3]. La loi autrichienne et la loi américaine ont considéré comme une circonstance aggravante le cas où il serait résulté, des violences ou des drogues, un danger pour la vie, une altération de la santé, ou la mort même de la femme. Le Code de la Louisiane assimile ce dernier cas à un meurtre [4].

1365. Rappelons maintenant notre Code et ses diverses dispositions ; l'art. 317 est ainsi conçu : « Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait consenti ou non, sera puni de la réclusion. La même peine sera prononcée contre la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet,

1. * * Le Code pénal allemand (art. 218, 219 et 220) punit la femme ou son complice de la réclusion pendant cinq ans au plus, et admet, à la différence du Code prussien, des circonstances atténuantes qui font descendre la peine à un emprisonnement de six mois au moins ; la peine est de la réclusion pour dix ans au plus contre le complice *qui se sera fait payer pour ce service* ; le minimum de la réclusion est de deux ans contre celui qui a procuré l'avortement d'une femme enceinte à son insu ou contre sa volonté ; si la mort de la femme s'en est suivie, la peine est la réclusion pendant dix ans au moins ou la réclusion à perpétuité.

2. Code pénal belge, art. 353 ; Lois de Naples, art. 397 ; Code du Brésil, art. 200 ; Code of crimes and punishments of the state of Louisiana, art. 472.

3. Stephen's summary, p. 151. St. Georg. IV, c. 31, s. 13.

4. If death ensues, it is murder, art. 474.

si l'avortement s'en est suivi. Les médecins, chirurgiens, et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens qui auront indiqué ou administré ces moyens, seront condamnés à la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où l'avortement aurait eu lieu. »

Nous ne reprocherons point au législateur d'avoir aboli l'aggravation de peine que l'ancien droit puisait dans l'époque plus rapprochée de l'accouchement ; il existe, à la vérité, quelque différence dans l'avortement commis dans les premiers ou dans les derniers mois de grossesse, mais les motifs du crime restent les mêmes, et la difficulté de poser une limite entre les nuances de la criminalité est une raison d'effacer cette distinction. Mais la gravité du crime n'est certainement plus la même quand l'avortement s'est opéré sans le consentement de la femme et contre sa volonté : l'attentat n'est plus seulement commis sur la personne de l'enfant, il frappe la mère elle-même dans sa personne et dans ses espérances les plus chères. « Celui qui procure l'avortement d'une femme de son propre consentement, a dit un criminaliste, blesse les lois naturelles et civiles sous le rapport de l'enfant ; mais celui qui fait avorter une femme à son insu ou contre son gré viole les mêmes lois sous le rapport de l'enfant et de la mère ; il expose, en outre, celle-ci à une accusation grave, il l'expose à passer pour complice de son crime. Mettra-t-on sur la même ligne celui qui fait avorter de son gré une femme clandestinement enceinte, et celui qui fera avorter à son insu l'épouse légitime portant dans son sein l'espoir d'une famille entière [1] ? » Il est donc à regretter que notre Code n'ait pas, comme les législations étrangères, établi dans ce cas deux degrés ; il nous semble encore que le complice est souvent plus coupable que la femme elle-même : celle-ci est entraînée par des motifs qui peuvent au moins exciter quelque pitié : le complice, quand il est étranger à la femme, n'a pour mobile que le honteux salaire qui lui a été promis, et, s'il est le parent de celle-ci ou le père de l'enfant, il trahit le devoir le plus sacré ; enfin, les sages-

1. Essais, p. 127 ; M. Haus, t. 2, p. 223.

femmes, les pharmaciens, les médecins qui font métier de faciliter les avortements, devraient être l'objet d'une sévère aggravation de la peine. Notre Code renferme donc plusieurs lacunes graves. Nous ne parlons pas de la seule tentative ou de l'avortement manqué, nous y reviendrons plus loin.

1366. L'art. 317 renferme trois dispositions distinctes : la première prévoit, en général, le crime des personnes qui ont procuré l'avortement ; la deuxième, celui de la femme qui s'est procuré à elle-même l'avortement ; enfin la troisième prévoit et considère comme une circonstance aggravante la participation des médecins et des officiers de santé qui ont indiqué ou administré les moyens de l'effectuer.

La première de ces dispositions a donné lieu à de graves difficultés. On doit remarquer, d'abord, que le crime qu'elle prévoit est soumis à deux conditions essentielles : il faut que l'agent ait eu la volonté de faire avorter la femme, c'est cette volonté coupable qui constitue l'élément moral du crime ; il faut ensuite qu'il ait procuré l'avortement, quel que soit le moyen qu'il ait employé, *par aliments*, *breuvages*, *médicaments*, *violences ou par tout autre moyen*, et soit que la femme ait ou non consenti à l'emploi de ces moyens, L'application de ces deux règles a divisé la jurisprudence et les auteurs.

1367. Lorsque l'avortement a été occasionné par des violences exercées volontairement, mais cependant *sans intention de le produire*, l'auteur de ces violences doit-il être puni de la peine portée par l'art. 317 ? M. Bourguignon cite un arrêt qui a jugé affirmativement cette question dans une espèce où le prévenu avait donné des coups de pieds à une femme enceinte de deux mois : « Ces violences, dit cet auteur, ayant occasionné l'avortement de cette femme, on jugea qu'il devait en être de ce cas comme de celui de l'homicide occasionné par des violences volontaires et sans intention de donner la mort[1]. »

Cette solution ne nous paraît pas fondée. Cette question,

1. Cass., 8 oct. 1812, Jurisp. des Cod. crim., t. 3, p. 190.

qui est grave parce qu'elle touche à l'un des éléments du crime, n'est point une question neuve, les anciens auteurs l'avaient déjà traitée : ils distinguaient, au cas où l'avortement était occasionné par des coups ou des mauvais traitements, si l'auteur de ces violences avait eu ou non l'intention de le procurer ; le crime d'avortement n'existait que dans le premier cas : *Quando quis percusserit mulierem animo et intentione ut ex percussione abortus sequeretur, tunc abortu sequuto intrat pœna mortis, secus si non animo committendi abortum*[1]. Il en était de même, à plus forte raison, quand l'auteur des violences ignorait la grossesse de la femme : *Si ignorabat, etiam abortu sequuto, non tenetur de eo*[2]. Jousse reproduit cette distinction qu'il cite comme une règle pratique : « Quant à celui qui frapperait violemment une femme grosse et la ferait avorter, il faut distinguer s'il a dessein, en la frappant, de procurer l'avortement ou non : dans le premier cas, il doit être puni de la peine de mort ; dans le deuxième cas, la peine doit être arbitraire[3]. »

Et, en effet, comment le crime pourrait-il exister si l'agent n'avait pas l'intention de le commettre ? La qualification et la peine prendraient donc pour base unique le fait matériel, abstraction faite de la moralité ? L'agent a commis des violences, il en est responsable ; il doit être puni à raison de leur gravité ; mais peut-il être responsable de l'avortement que ces violences ont pu causer, s'il ignorait la grossesse ? Evidemment ce résultat ne témoigne pas de la gravité des violences, mais de la position particulière de la personne blessée ; l'action ne peut changer de caractère à raison d'une circonstance accidentelle qu'elle a produite. A l'égard de l'agent, les violences sont punissables parce qu'elles sont volontaires ; l'avortement ne l'est pas, ou ne pourrait l'être que comme une blessure commise involontairement et par imprudence. Cette disposition, formulée avec tant de préci-

1. Farinacius, quæst. 122, n. 131.
2. *Ibid.*, quæst. 123, num. 153.
3. Traité des mat. crim. t. 4, p. 22.

sion par nos anciens criminalistes, est dans la raison des choses ; et remarquez que le seul motif sur lequel paraît s'appuyer l'arrêt cité par Bourguignon a cessé d'exister : l'homicide occasionné par des violences volontaires et sans intention de donner la mort n'est plus qualifié meurtre. Nous avons vu, dans le premier paragraphe de ce chapitre, que l'article 309, réformé sur ce point par la loi modificative du Code, ne fait plus peser la responsabilité de la mort sur l'auteur des coups ou blessures qui l'ont accidentellement causée. Cette analogie échappe donc à la thèse que nous combattons.

1368. Cette question ne s'est pas présentée en termes explicites devant les tribunaux : la Cour de cassation a été appelée seulement à décider s'il est nécessaire que l'intention de procurer l'avortement soit explicitement et spécialement constatée par les juges du fait. Dans une première espèce, elle s'est bornée à déclarer « que la question soumise au jury, et répondue par lui affirmativement, a été posée dans les termes de l'art. 317, et que cette réponse affirmative établit suffisamment qu'il y a eu volonté criminelle de la part du demandeur [1]. » Dans une deuxième espèce, la question avait été ainsi posée : L'accusé est-il coupable d'avoir administré à la fille Hochedez, qui était enceinte, des moyens propres à lui procurer l'avortement, lequel avortement a été en effet le résultat desdits moyens ? » L'arrêt rejette le pourvoi : « attendu que la question est conforme au 1er alinéa de l'art. 317; que le crime prévu par les alinéas 1 et 3 de cet article n'est point la complicité prévue par l'art. 60, et qu'ainsi le jury ne devait point être interrogé sur la question de savoir si l'accusé avait procuré ces moyens, sachant qu'ils devaient servir à l'avortement, ou si, conformément au 3e alinéa, il avait avec connaissance aidé ou assisté l'auteur de l'avortement ; qu'il s'agissait d'un crime spécial qui implique la volonté d'agir dans un sens criminel ; que tel est, en effet, le sens légal du mot *avortement*, et que l'addition du mot *volontairement* dans le 4e alinéa de l'art. 317 se réfère à un crime

1. Cass., 18 oct. 1850, Bull. n. 362.

différent de l'avortement; que la question intentionnelle était soumise au jury par l'emploi des mots *l'accusé est-il coupable*[1] ? » Il est évident que ni l'un ni l'autre de ces arrêts ne répond aux objections qui ont été présentées : la culpabilité, qui s'étend à toutes les voies de fait, ne contient pas nécessairement celle qui n'a pour objet que l'avortement.

Notre opinion trouve, du reste, un appui dans un jugement du tribunal de cassation du 18 brumaire an XII, rendu dans l'espèce suivante : un individu était accusé de viol commis sur la personne d'une femme enceinte de huit mois, et d'avoir procuré, par suite de cette violence, l'avortement de cette femme : de ces deux faits, le dernier seul fut déclaré constant par le jury, et le tribunal criminel crut devoir absoudre l'accusé, parce qu'il ne résultait pas de la réponse du jury qu'il eût procuré l'avortement avec l'intention du crime. Le jugement d'absolution fut cassé, mais par les motifs suivants : « qu'il a été demandé aux jurés s'il était constant que l'accusé avait procuré l'avortement de la plaignante; qu'il n'a pas été posé de question intentionnelle sur ce fait, d'où il est résulté que leur déclaration, qui est affirmative sur l'avortement procuré, n'apprend pas si ce fait a été commis involontairement et sans aucune intention de nuire ; et, par une conséquence ultérieure et nécessaire, qu'il reste incertain si l'accusé est ou n'est pas coupable du crime prévu par l'article 17, section 1re, titre 2 du Code pénal[2]. » Ainsi le jugement du tribunal criminel n'est cassé que parce que les questions posées au jury étaient incomplètes ; que ces questions avaient omis l'un des éléments du crime d'avortement ; que cet élément était la question d'intention. Ce jugement confirme donc notre distinction.

1369. Une deuxième question, non moins grave et beaucoup plus controversée que la première, s'élève au sujet du fait matériel constitutif du crime, le fait *d'avoir procuré*

1. Cass., 9 fév. 1850, Bull. n. 52.

2. Cass., 18 brum. an XII, Bull. n. 150 : Journal du palais, 3e édition, t. 3, p. 491.

l'avortement : il s'agit de savoir si la seule tentative, non suivie de l'avortement, se trouve exclue de l'incrimination par ces termes restrictifs de la loi. La Cour de cassation a répondu négativement : « attendu que la disposition de l'article 2 du Code pénal, conçue en termes généraux, ne peut être restreinte que dans le cas et pour les crimes à l'égard desquels la loi a exclu son application, soit en termes formels, soit par des dispositions inconciliables avec cette application ; qu'il n'y a point dans le Code de disposition qui porte expressément que la tentative du crime d'avortement ne sera point considérée et punie comme si le crime avait été consommé ; que, relativement aux dispositions de ce Code qui pouvaient affranchir la tentative de ce crime des dispositions de l'article 2, parce qu'elles seraient inconciliables avec cette application, l'article 317 qui a prévu et puni le crime d'avortement doit être entendu et exécuté dans le sens qui résulte clairement de son texte ; que cet article se compose de trois dispositions distinctes et indépendantes les unes des autres ; que la première punit de la réclusion quiconque aura procuré par quelque moyen que ce soit l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non ; que, dans cette disposition, aucune expression n'exclut implicitement l'application de l'article 2 ; que la deuxième est relative à la femme qui se procure à elle-même l'avortement, ou qui consent à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet ; qu'à son égard, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine de la réclusion, il faut que l'avortement ait été effectué : que cette disposition modifie évidemment la loi générale en faveur de la femme enceinte qui tente de commettre sur elle-même le crime d'avortement, et lui rend inapplicable l'art. 2 ; que le législateur a eu des motifs graves pour traiter avec indulgence les personnes du sexe enceintes, lorsque le crime n'a pas été consommé ; que la troisième disposition a pour objet les pharmaciens et les officiers de santé qui font usage de leur art pour procurer des avortements ; que, si les moyens par eux indiqués ou employés ont été sans effet, la loi n'aggrave pas pour eux la peine, ils restent dans la classe commune de ceux qui tentent de procurer des avorte-

ments, et comme eux ils ne sont punis que de la réclusion, d'après la première disposition de l'art. 317 combinée avec l'art. 2 du Code pénal ; que si, au contraire, par l'effet des moyens par eux indiqués ou administrés, l'avortement a été opéré, le législateur déploie contre eux une plus grande sévérité, et les punit de la peine plus rigoureuse des travaux forcés à temps [1]. »

Nous avons rapporté textuellement cet arrêt, parce qu'il développe tout le système de la Cour de cassation ; ce système a été jusqu'à présent l'objet des attaques successives de tous les auteurs qui ont écrit sur le Code pénal. M. Legraverend [2], M. Carnot [3], M. Bourguignon [4], M. Rauter [5], ont à la fois repoussé, par une unanime réprobation, cette interprétation de la jurisprudence. Cette unanimité des auteurs d'une part, et de l'autre la persévérance de la Cour de cassation, ont dû appeler au plus haut degré nos méditations sur cette question, et ce n'est qu'après une longue étude des textes et un examen approfondi de la matière, que nous avons pris parti dans ce grave débat.

1370. Examinons d'abord les termes de l'art. 317. La loi ne punit, dans le premier paragraphe, que celui qui a *procuré* l'avortement. Or cette expression, on ne peut le nier, semble nécessairement supposer l'avortement consommé : procurer l'avortement, c'est fournir les moyens qui l'ont exécuté ; et tel était aussi le sens de ce terme dans l'art. 17 du titre 2 du Code de 1791, puisque ce Code n'admettait aucune peine pour la simple tentative des crimes. Le deuxième paragraphe de l'art. 317 vient confirmer cette opinion : ce paragraphe se compose de deux dispositions ; il punit de la réclusion la femme qui se procure l'avortement à elle-même, et celle qui a

1. Cass., 16 oct. 1817, Bull. n. 96 ; et V. aussi 17 mars 1827, Bull. n. 60 ; 15 avril 1860, Bull. n. 103. — * * *Adde* Cass., 22 sept. 1881 ; Bull. n. 220 ; S.83, 1. 329, et notre note en sens contraire.

2. Législ. crim., t. 1er, p. 121.

3. Comm. du Code pénal, t. 2, p. 63.

4. Jurisp. des Cours crim. t. 3, p. 292.

5. Traité du dr. crim. français, t. 2, p. 39.

consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet, *si l'avortement s'en est suivi.* Il est évident que ces derniers mots ne se réfèrent qu'à cette deuxième disposition, car, lorsque la loi parle de la femme qui s'est procuré à elle-même l'avortement, elle suppose que l'avortement a eu lieu. Or, si cette expression n'exclut pas la tentative dans le premier paragraphe, elle ne doit pas l'exclure dans le second ; on arrive donc à cette conséquence, que la tentative de l'avortement serait imputable à l'égard de la femme qui, seule et sans complice, aurait voulu se faire avorter, et qu'elle ne le serait pas si elle avait connivé à son avortement tenté par un tiers : cette distinction serait contradictoire, et il faudrait encore admettre que, dans ce dernier cas, le complice serait puni quoique la femme fût à l'abri de la poursuite.

Suivons la même interprétation dans le troisième paragraphe. La peine des travaux forcés, que cette disposition prononce contre les hommes de l'art, n'est applicable que dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ; la conséquence naturelle de ces termes est que la tentative de l'avortement et l'avortement manqué ne sont passibles d'aucune peine à l'égard des hommes de l'art comme à l'égard de toutes autres personnes. La Cour de cassation en a tiré un autre corollaire ; elle ne pouvait admettre que la tentative restât impunie chez le médecin, tandis qu'elle aurait été passible d'une peine chez toute autre personne ; elle a déclaré que ce médecin, dont la peine se trouve aggravée par la troisième partie de l'article si l'avortement s'est effectué, devait rentrer, au cas d'une simple tentative, dans la disposition du premier paragraphe. Cette opinion peut difficilement soutenir un examen sérieux. Il en résulte, en effet, que la qualité de l'homme de l'art, qui a motivé l'aggravation de peine dont il est l'objet, cesserait d'être une cause d'aggravation lorsque l'avortement aurait été vainement tenté : or pourquoi cette différence ? Si dans les deux cas il y a crime, pourquoi dans ces deux cas la qualité du médecin n'exercerait-elle pas la même influence sur la pénalité ? pourquoi la loi en aurait-elle fait abstraction dans une hypothèse, et non dans l'autre ? Une seconde conséquence

est que la tentative serait punie chez les médecins d'une peine moins grave que le crime consommé ; or comment admettre qu'une dérogation aussi formelle au principe qui veut que la tentative soit punie comme le crime même, n'eût été exprimée par la loi que d'une manière implicite ? Comment admettre que la tentative et l'exécution de l'avortement, qui seraient frappées d'une peine égale chez toutes autres personnes, fussent l'objet d'une peine différente chez les seuls hommes de l'art ? Nous dirons avec M. Legraverend[1] qu'il semble difficile d'accumuler plus de subtilités et de contradictions pour arriver à une décision contraire au texte du Code[2].

1371. Toutes ces contradictions disparaissent, au contraire, si l'on admet comme une règle commune aux trois paragraphes que l'avortement n'est puni, soit à l'égard de la femme, des tiers et des médecins, qu'autant qu'il s'est effectué. Le sens de l'article devient simple, naturel, et ses dispositions se concilient parfaitement entre elles : nous ne voyons plus la femme punie à raison de la simple tentative lorsqu'elle a agi seule, impunie lorsqu'elle a pris des complices ; nous ne voyons plus les médecins incriminés comme médecins, si l'avortement a été suivi d'effet, et comme simples particuliers si l'effet a été manqué ; nous ne voyons plus enfin les principes élémentaires du Code bouleversés par voie d'interprétation, et sans que la loi ait pris soin d'écrire l'exception qu'elle créait à ses propres règles.

1. Lég. crim., t. 1er, p. 123.

2. * * On peut faire encore contre le système de la jurisprudence un argument de principe, qui nous paraît décisif. La coopération d'autres personnes à l'avortement d'une femme enceinte ne constitue pas autre chose, au moins dans le cas où la femme a consenti à l'avortement (et c'est le cas le plus général) que des actes de *complicité d'avortement* : or, il est de principe constant que les actes de complicité n'ont qu'une criminalité d'emprunt, et que la complicité d'un fait qui n'est pas puni par la loi pénale, quelque immoral qu'il soit, n'est pas punissable ; donc, si la tentative d'avortement n'est pas punissable chez la femme, elle ne saurait l'être chez des personnes qui ne peuvent être considérées que comme ses complices (V. au surplus notre note sous Cass., 22 sept. 1881 ; S. 83. 1. 329, 330 et 331. V. aussi *infra*, n. 1374).

Il est facile, d'ailleurs, de trouver les motifs qui ont porté le législateur à n'incriminer que l'avortement consommé : cette action, lors même qu'elle est effectuée, est enveloppée de mystères ; il est difficile d'en assigner les causes, il est plus difficile de les constater. Comment cette appréciation pourra-t-elle donc être faite, lorsque la tentative est restée sans résultat ? Comment discerner, en l'absence d'un fait matériel, quels médicaments ont été de nature à procurer l'avortement, quels remèdes ont été administrés avec l'intention de le procurer ? Le complice et la femme elle-même ne seront-ils pas fondés à dire que, si l'avortement a manqué son effet, c'est par l'effet de leur volonté, puisqu'il dépendait d'eux d'augmenter la force et la quantité des drogues ? Et comment d'ailleurs la loi n'aurait-elle pas reculé devant de pareilles poursuites ? N'était-ce pas exposer les femmes aux recherches les plus honteuses, faire dépendre l'honneur des familles des indices les plus incertains ? Remarquez avec quelles précautions le législateur procède en cette matière ; non-seulement il n'incrimine pas la simple tentative de l'avortement, il couvre même de son silence le crime consommé dans son exécution, quand il a été manqué dans son effet. Ce n'est que lorsque cet effet a suivi, et qu'il existe un fait matériel saisissable, qu'il permet à la justice d'intervenir ; jusque-là les indices étaient trop vagues, les preuves trop indécises. N'oublions pas que le premier acte de la poursuite est de constater une grossesse qui est soigneusement cachée, et que ce n'est que les preuves du crime à la main que la justice doit marcher sur l'honneur d'une femme.

1372. Enfin l'interprétation que nous soutenons trouve la sanction la plus formelle, soit dans l'exposé des motifs du Code, soit dans les discussions qui l'ont préparé. L'art. 317 fut discuté à la séance du Conseil d'Etat du 26 août 1809 ; voici le texte du procès-verbal de cette séance : « M. Corvetto demande qu'on généralise la disposition qui exempte de peine la femme, lorsque les moyens qu'elle a employés n'ont pas produit l'avortement. — M. Berlier dit que ces expressions : *quiconque aura procuré l'avortement*, ne laissent pas de doute que leur application se borne aux avortements con-

sommés ; ce qui rend l'amendement inutile. — M. Regnault dit qu'alors l'article n'est par suffisant : un chirurgien qui ne réussirait pas demeurerait impuni, et néanmoins on ne peut pas prétendre qu'il soit innocent. — M. Merlin répond que ce médecin serait atteint par la disposition qui punit la tentative du crime. — M. Treillard partage cette opinion. — M. Berlier dit que les observations de M. Merlin l'engagent à adopter l'amendement de M. Corvetto. Au fond, M. Regnault a seul exprimé le désir que la simple tentative fût punie comme l'avortement même ; mais, si le législateur doit désirer que les mœurs s'épurent, il doit craindre aussi de donner ouverture à des procédures indiscrètes et qui amèneraient souvent, pour tout résultat, beaucoup de scandale. Comment, en effet, pénétrer dans une matière aussi mystérieuse ? et comment croire qu'on voudra s'y engager quand le crime n'aura pas été suivi de son effet ? C'est bien assez qu'on poursuive les auteurs d'un avortement consommé, et la nature des choses prescrit de s'en tenir là. » L'article que M. Regnault avait proclamé insuffisant pour punir la tentative fut adopté sans modification ; et c'est après cette discussion que l'orateur du Corps législatif explique en ces termes l'esprit de l'article : « Il est un attentat des plus graves, et pour lequel les rédacteurs de la loi n'ont pas cru devoir punir la seule tentative de le commettre : c'est l'avortement volontaire. Ce crime porte souvent sur des craintes ; et quand il n'est pas consommé, outre que la société n'éprouve aucun tort, c'est qu'il est fort difficile de constater légalement une intention presque toujours incertaine, une tentative trop souvent équivoque, surtout dans la supposition de l'impuissance de la cause et de la nullité de ses résultats. Tout doute cesse si l'avortement a eu lieu ; dès lors le fait conduit à la culpabilité de ses auteurs ; de quelque manière qu'ils l'aient favorisé, ils sont punis, ainsi que la mère qui aura employé ou permis qu'on employât des moyens pour arriver à ce but. » Nous croyons que ces motifs doivent achever d'effacer toute incertitude sur le véritable sens du premier paragraphe de l'art. 317.

1373. La Cour de cassation, néanmoins, a dû persister dans une jurisprudence qu'il était difficile de modifier après une

aussi longue application. Les motifs des derniers arrêts, qui continuent de la consacrer, ne contiennent aucun raisonnement nouveau, et dès lors il serait sans objet de les reproduire ici [1]. On doit seulement noter deux arrêts qui tendent l'un et l'autre à circonscrire les effets de cette jurisprudence. Le premier décide qu'il ne suffit pas de constater, pour qu'il y ait tentative punissable, que le prévenu a *provoqué* l'avortement : « attendu que, d'une part, l'expression de *provocation* n'exprime pas que l'avortement provoqué ait été effectué, et que, d'un autre côté, si ce mot se réfère à une tentative, il n'est point énoncé que cette tentative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur [2]. » Le deuxième arrêt établit la nécessité de constater, dans les tentatives d'avortement, l'état de grossesse de la femme : il déclare que, « d'après l'esprit et les termes du 1er § de l'art. 317, la grossesse de la femme sur laquelle le crime est commis est une condition constitutive de ce crime ; que si une pareille condition peut ne pas être expressément énoncée lorsqu'il s'agit d'un crime consommé, parce qu'il n'y a pas d'avortement possible sans grossesse antérieure, il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une simple tentative de ce crime ; qu'il peut se faire, en effet, que des pratiques coupables, semblables à celles que prévoit l'article 317, soient opérées sur une femme ayant l'apparence d'une femme enceinte, alors qu'en réalité il n'existe pas de grossesse, et que par suite il n'y a pas d'avortement possible ; que là où se rencontre une impossibilité matérielle à la perpétration du crime même, se rencontre une impossibilité de même nature pour l'existence en fait et la qualification en droit de la tentative ; qu'il suit de là qu'en matière de tentative d'avortement, la qualification manque d'un élément essentiel, si le fait de la grossesse n'y est pas formellement énoncé [3]. »

1. Cass., 29 janv. 1852, Bull. n. 43 ; 20 janv. 1853, Bull. n. 22 ; 27 nov. 1856 et 4 déc. 1858, 24 juin 1858, Bull. n. 177 ; 26 juill. 1860, Bull. n. 269. — * * V. aussi Cass., 22 sept. 1881, cité *suprà*, p. 75, n. 1.

2. Cass., 16 juin 1853, Bull. n. 212.

3. Cass , 6 janv. 1859, Bull. n. 2.

1374. Le deuxième paragraphe de cet article n'a donné lieu à aucune difficulté. Ce paragraphe prévoit, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, deux cas différents, celui où la femme se procure l'avortement à elle-même sans complices, et celui où elle consent à faire usage des moyens qui lui sont indiqués ou administrés ; dans l'un et l'autre cas, la loi n'incrimine son action que si *l'avortement s'en est suivi*. A la vérité, ces derniers mots ne se réfèrent, dans l'article, qu'à la deuxième hypothèse ; mais nous avons vu que par ces mots, *procurer l'avortement*, la loi avait entendu, comme leur sens l'indiqne d'ailleurs, un avortement effectué. Il n'est peut-être pas inutile d'ajouter ici que le consentement de la femme ne fait pas obstacle à l'existence des violences exercées sur sa personne ; car ces violences ont pour objet de procurer l'avortement, et non de contraindre sa volonté. Il n'y a donc pas de contradiction dans la double affirmation de ces violences et de ce consentement [1].

Mais lorsque c'est la femme qui a tenté de se procurer l'avortement, cette tentative, quand l'avortement n'a pas suivi, entraîne-t-elle, de la part du complice, une responsabilité punissable ? Il faut répondre négativement, « attendu que la dérogation à l'art. 2 se trouve formellement écrite dans le 2e alinéa de l'art. 317, qui ne prononce de peine contre la femme enceinte, quand elle a cherché à se faire avorter, qu'autant que l'avortement s'en est suivi, ce qui exclut pour le cas spécial la criminalité de la simple tentative ; que, d'autre part, l'art. 59 punit le complice de la même peine que l'auteur principal, qu'il ne peut donc y avoir de complicité punissable que quand le fait principal est lui-même qualifié crime ou délit par la loi ; d'où il suit que la complicité d'une tentative d'avortement ne peut exister dans le cas où c'est la femme enceinte qui a commis cette tentative [2]. »

1375. Le troisième paragraphe de l'art. 317 établit à l'égard

1. Cass., 18 oct. 1850, Bull. n. 362.
2. Cass., 3 mars 1864, Bull. n. 54.

des médecins, chirurgiens, officiers de santé et pharmaciens[1], une aggravation de la peine, qu'il puise dans leur qualité. « Une punition plus rigoureuse, dit l'exposé des motifs, celle des travaux forcés à temps, aura lieu contre les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé qui auront procuré à la femme les moyens de se faire avorter. Ils sont en effet plus coupables que la femme même, lorsqu'ils font usage, pour détruire, d'un art qu'ils ne doivent employer qu'à conserver. Si la femme ne trouvait pas tant de facilité à se procurer les moyens d'avortement, la crainte d'exposer sa propre vie, en faisant usage de médicaments qu'elle ne connaîtrait pas, l'obligerait souvent de différer son crime, et elle pourrait ensuite être arrêtée par ses remords. »

La qualité de médecin, de chirurgien ou d'officier de santé, étant une circonstance aggravante du crime, doit nécessairement faire l'objet d'une question au jury. La Cour de cassation a formellement reconnu ce point, en annulant une condamnation aux travaux forcés prononcée contre un officier de santé, sans que sa qualité eût été soumise au jury : « attendu que l'accusé est qualifié, dans l'arrêt de renvoi et dans l'acte d'accusation, d'officier de santé ; que c'était là une circonstance aggravante de son crime sur laquelle le jury devait être interrogé ; que cependant le président, en posant les questions au jury, a omis de lui demander si l'accusé était officier de santé, en quoi il a formellement violé l'art. 317[2]. » Cette qualité, formant une circonstance aggravante, doit faire l'objet d'une question séparée, et lorsque, par une question principale, le jury a été interrogé sur le point de savoir si l'accusé est coupable d'avoir procuré l'avortement, il suffit d'ajouter, dans une seconde question, si elle suit immédiatement la première : l'accusé est-il médecin[3] ?

1376. La loi n'a point parlé nominativement des *sages-femmes*. Doit-on les comprendre parmi les officiers de santé ?

1. * * Jugé que les herboristes ne sont pas compris dans les termes de ce paragraphe (Cour d'assises de l'Aube, 16 février 1883, S. 84.2.47).

2. Cass., 10 déc. 1835, Bull. n. 450.

3. Cass., 5 mars 1857, Bull. n. 92.

M. Carnot penche pour l'affirmative, en se fondant uniquement sur ce que, si cette interprétation n'était point adoptée, les mots *et autres officiers de santé* n'auraient dans le texte de l'article aucune application [1]. C'est une erreur : l'art. 1er de la loi du 19 ventôse an XI porte que nul ne pourra embrasser la profession de *médecin*, de *chirurgien* ou *d'officier de santé*, sans remplir les conditions qu'elle prescrit. La loi reconnaît donc, parmi les hommes de l'art, ces trois classes distinctes ; l'art. 317 du Code pénal n'a fait qu'en reproduire les termes. Penserait-on que les sages-femmes sont comprises dans la classe des officiers de santé ? Le titre 2 de la loi du 19 ventôse an XI s'occupe des conditions d'aptitude des médecins et des chirurgiens ; le titre 3, de celles des officiers de santé ; enfin le titre 5, de l'instruction et de la réception des sages-femmes : elles forment donc dans la loi spéciale une classe à part des officiers de santé. Remarquons ensuite que le Code, qui a omis les sages-femmes dans l'art. 317, les a formellement désignées dans l'art. 378, à la suite des médecins, des chirurgiens et des officiers de santé. La conclusion serait donc que le législateur, soit qu'il les ait considérées, à tort sans doute, comme moins coupables que les hommes de l'art, soit que leur intervention lui ait paru moins dangereuse, n'aurait pas fait peser sur les sages-femmes complices de l'avortement l'aggravation portée par le troisième paragraphe ; elles demeureraient comprises, comme tous les autres complices, dans les termes du paragraphe 1er.

Mais cette conséquence rigoureuse du texte de l'art. 317 n'a point été consacrée par la jurisprudence, qui n'a pu admettre que le législateur ait voulu introduire une exception favorable aux sages-femmes, non moins coupables, il faut le reconnaître, que les officiers de santé, lorsqu'elles prêtent le secours de leur art à un crime. Les arrêts n'ont donc pas cessé de déclarer « que le troisième paragraphe de l'art. 317 comprend dans la généralité de sa disposition même les sages-femmes, bien qu'elles n'y soient pas nominativement dénommées, puisqu'elles n'obtiennent leur diplôme, selon

1. Sur l'art. 317, n. 8.

l'art. 32 de la loi du 19 ventôse an XI, qu'après avoir été examinées par les jurys sur la théorie et la pratique des accouchements, sur les accidents qui peuvent les précéder, les accompagner et les suivre, et sur les moyens d'y remédier ; qu'elles se rendent, en effet, aussi coupables que les médecins, les chirurgiens, les officiers de santé et les pharmaciens, lorsque, comme eux, elles font usage, pour détruire, d'un art qu'elles ne doivent employer qu'à conserver ; qu'elles encourent donc dans le même cas la même peine[1]. » On voit, au surplus, que cette jurisprudence ne répond pas à l'argument de texte que nous avons soulevé : elle s'appuie uniquement sur l'analogie des actes qui fait présumer une culpabilité semblable dans le chirurgien et dans la sage-femme.

1377. Est-il nécessaire d'ajouter que si l'intention criminelle doit être vérifiée avec soin dans toute accusation de crime, cette vérification doit être plus minutieuse lorsqu'il s'agit d'un avortement dont le médecin serait le complice, puisque ce fait a pu n'être que le résultat involontaire des remèdes qu'il a pu donner de bonne foi ? Dans mille circonstances les soins donnés à une malade peuvent procurer l'avortement ; il peut même arriver que la femme ait feint une maladie en célant sa grossesse, dans le but de se procurer l'avortement : le médecin, s'il l'a ignoré, ou si, ne l'ignorant pas, il n'a pas eu l'intention de concourir à cette pensée criminelle, n'est pas responsable : la pensée du crime peut seule le produire. Cette règle a été consacrée par la Cour de cassation dans une espèce où la peine avait été appliquée sans que le jury eût déclaré que l'avortement avait été procuré dans le dessein du crime. Cette condamnation fut cassée par le motif, « qu'il était reconnu par l'acte d'accusation que l'accusé était chirurgien ; qu'en cette qualité, quel qu'ait été

1. Cass., 26 janv. 1839, Bull. n. 28 ; 23 mai 1844, Bull. n. 175 ; 13 janv. 1854, Bull. n. 8, 16 juin 1855, Bull. n. 214 ; 7 oct. 1858, Bull. n. 258 ; 10 déc. 1868, Bull. n. 241. — ** *Adde* Cass., 23 nov. 1872 ; Bull. n. 288. — Et le complice de la sage-femme est passible de la même aggravation de peine (même arrêt).

le résultat de l'opération qui lui était imputée, il ne pouvait être frappé d'une peine afflictive qu'autant qu'il avait opéré par une complaisance criminelle pour la fille avortée ; d'où il suit qu'il fallait poser la question de savoir si l'avortement avait été procuré dans le dessein du crime [1]. » Il a cependant été jugé, depuis, que, lorsque la question a été posée dans les termes mêmes de la loi, cela suffit, et qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter que les moyens propres à procurer l'avortement ont été administrés avec l'intention de produire cet avortement. Nous avons rapporté ces arrêts dans notre numéro 1368.

1378. Nos observations sur cette matière se résumeront en peu de mots. La tentative de l'avortement, et même l'avortement tenté et manqué dans son exécution, ne sont, si l'on veut demeurer fidèle au texte précis de la loi, passibles d'aucune peine ; la loi ne punit expressément que l'avortement consommé, quel qu'en soit l'auteur. Le crime se compose donc de deux éléments : le fait matériel de l'avortement, et la volonté de le commettre. Ces conditions sont les mêmes à l'égard de tous les coupables ; elles sont les mêmes, quels que soient les moyens employés pour produire le crime, les médicaments [2] ou les violences. Ainsi le crime ne change point de nature quand il est commis par les hommes de l'art ; la peine seule est aggravée. Que si les moyens employés, avec l'intention de procurer l'avortement, ont occasionné la mort, il peut y avoir lieu à une deuxième poursuite sur la prévention de blessures ayant causé la mort sans intention de la donner [3].

1. Cass., 27 juin 1806, Bull. n. 105.

2. * * Jugé que, dans une accusation d'avortement, une seule question peut comprendre le fait d'avoir, à l'aide de breuvages et de médicaments administrés à une même personne, procuré volontairement *à une ou plusieurs reprises*, l'avortement de cette personne (Cass., 13 mai 1886 ; Bull. n. 173).

3. Cass., 27 juin 1856, Bull. n. 227 ; 3 sept. 1840, Bull. n. 105 ; 2 juill. 1863 Bull. n. 185.

§ II. — *Maladies ou accidents causés par l'emploi de substances nuisibles à la santé.*

1379. Le deuxième délit dont nous avons à nous occuper dans cette section est l'action d'*administrer volontairement des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé*. Cette incrimination nouvelle dans le Code pénal, et bizarrement accolée à l'art. 317 dont elle forme la deuxième partie, a eu pour but de remplir une lacune de ce Code. Aux termes de l'art. 301, l'administration de substances nuisibles n'est punissable qu'autant que les substances sont de nature à donner la mort ; dans ce cas, le crime est qualifié empoisonnement : mais il n'y avait ni crime ni délit, lorsque les substances administrées n'étaient pas de nature à produire cet effet, lors même qu'elles auraient causé une maladie ou incapacité de travail plus ou moins longue. Le législateur, soit oubli, soit plutôt difficulté de définir cette espèce de substance, n'avait fait aucune mention de ce délit, qui toutefois dans certaines circonstances peut être fort grave. La loi du 28 avril 1832 a essayé de réparer cette omission.

La deuxième disposition de l'art. 317 est ainsi conçue : « Celui qui aura occasionné à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement, de quelque manière que ce soit, des substances qui, sans être de nature à lui donner la mort, sont nuisibles à la santé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans, et d'une amende de seize francs à cinq cents francs ; il pourra de plus être renvoyé sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et dix ans au plus [1]. Si la

1. * * La surveillance de la haute police a été supprimée par la loi du 27 mai 1885 (art. 19) et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement (V. tome I, p. 193, n. 1).

maladie ou incapacité de travail personnel a duré plus de vingt jours, la peine sera celle de la réclusion. Si le coupable a commis soit le délit, soit le crime spécifiés aux deux paragraphes ci-dessus, envers un de ses ascendants, tels qu'ils sont désignés en l'art. 312, il sera puni, au premier cas, de la réclusion, et au second, des travaux forcés à temps. »

1380. Si l'on rapproche cet article de l'art. 301, on voit que l'empoisonnement offre actuellement trois degrés : il ne constitue qu'un simple délit, si les substances administrées sont nuisibles à la santé, sans être de nature à donner la mort, et si ces substances n'ont occasionné qu'une maladie de vingt jours ; il prend le caractère d'un crime et devient passible de la peine de la réclusion, si les mêmes substances ont causé une maladie de plus de vingt jours ; enfin, il est puni de mort, si les substances étaient de nature à donner la mort, quelles qu'aient été leurs suites. Mais cette gradation, empruntée aux art. 295, 309 et 310, n'est pas complète : il peut arriver en effet qu'une personne, à dessein de nuire, mais sans intention de donner la mort, ait administré une substance qui, sans être de nature à la causer, soit nuisible à la santé, et que cette substance infusée dans un corps débile ait eu pour effet d'occasionner la mort. N'eût-il pas fallu, dans ce cas, prendre à l'article 309 son deuxième paragraphe aussi bien que le premier, et appliquer la peine des travaux forcés qu'il prononce dans une hypothèse identique ? En effet, de quelle peine sera passible ce crime ? Sera-ce la peine réservée au crime d'empoisonnement ? Mais il manquerait à ce crime deux de ses éléments : la volonté de donner la mort, et une substance de nature, en général, à la donner. Sera-ce l'une des deux peines portées par l'article 317 ? Mais cet article n'a prévu que la maladie et non la mort. Ce ne pourrait donc être qu'en forçant les termes de la loi qu'on parviendrait à la répression du crime. Le Code pénal bavarois a prévu cette hypothèse ; son article 183 porte : « Lorsque le poison administré à dessein de nuire, mais sans intention de donner la mort, aura causé une altération permanente ou passagère du corps ou de l'esprit, le coupable sera condamné

à la détention dans une maison de force pendant seize ans au moins et vingt ans au plus [1]. »

1381. Trois éléments doivent concourir pour l'existence du délit ou du crime ; les termes de la loi les formulent avec précision ; il faut que des substances aient été administrées volontairement à autrui ; que ces substances, sans être de nature à donner la mort, soient nuisibles à la santé ; enfin, qu'elles aient occasionné une maladie ou incapacité de travail personnel.

Administrer *volontairement* une substance, dans l'esprit de la loi, c'est l'administrer avec *intention de nuire*. Il importe de distinguer ici ces deux expressions, qui se confondent ailleurs dans le même sens. Ainsi, un homicide commis, des blessures faites volontairement, supposent en général la criminalité de leurs auteurs ; mais on peut administrer volontairement des substances même nuisibles, sans intention criminelle ; par exemple, si l'agent ne connaît pas leur nature, s'il les administre comme médicament, s'il croit que ces substances peuvent produire une crise salutaire. La volonté n'est donc pas suffisante pour déterminer la culpabilité ; il faut que cette volonté soit caractérisée par l'intention de nuire.

Le deuxième élément est que les substances administrées soient *nuisibles à la santé*, sans être de nature à donner la mort. Ces mots *nuisibles à la santé*, extrêmement vagues par eux-mêmes, auraient dû être définis par la loi. M. Carnot fait remarquer que si le législateur de 1810 avait omis de punir ce délit, « ce n'avait pas été par simple oubli, mais par l'impossibilité où il se trouvait de définir ce genre de substances d'une manière assez précise pour ne rien laisser à l'ar-

1. * * Le cas est également prévu par l'art. 229 du Code pénal allemand : « Celui qui, dans l'intention de nuire à la santé d'autrui, lui aura administré des poisons ou autres substances de nature à détruire la santé, sera puni de la réclusion pendant dix ans au plus. — S'il en est résulté une lésion grave, la peine sera la réclusion pendant cinq ans au moins, et si le fait a occasionné la mort, la réclusion pendant dix ans au moins ou à perpétuité. »

bitraire : il avait préféré ne pas en faire mention dans ce Code [1]. »

1382. Il est certain que les termes de la loi ouvrent une large porte aux poursuites arbitraires. Quelles substances ne peuvent pas être considérées comme nuisibles ? quels aliments ne peuvent pas dans certains cas avoir des effets nuisibles ? Toutefois la loi n'a eu en vue que les substances de nature à causer des accidents graves ; son but a été de suppléer à l'insuffisance de l'article 301, qui n'avait prévu que l'emploi des substances de nature à donner la mort ; elle a prévu le cas peu fréquent, mais possible, d'une altération grave de la santé, causée avec ou sans intention de donner la mort, par l'emploi d'une substance non capable de la produire ; si les termes sont généraux, son esprit doit en diriger l'application ; et cet esprit se manifeste, au surplus, en exigeant que la substance soit de nature à entraîner une maladie plus ou moins grave. C'est aux hommes de l'art, c'est aux chimistes qu'il appartient de déterminer les caractères des substances, et leurs effets probables, non sur telle personne, mais sur tous les individus en général, car la loi veut que la substance soit nuisible à la santé par sa nature intrinsèque.

1383. Il est enfin nécessaire que la substance administrée ait nui réellement à la personne à laquelle elle a été administrée, et qu'elle ait occasionné chez cette personne soit une maladie, soit du moins une incapacité de travail. Nous ne reprendrons point ici l'explication de ces derniers termes, que nous avons déjà donnée dans la première section de ce chapitre. Il suffit de remarquer que la loi, en exigeant qu'il y ait maladie ou incapacité de travail, n'a point fixé le *minimum* de la durée de l'une ou de l'autre. Le fait seul d'une maladie, d'une incapacité de travail quelconque, peut donc autoriser l'application de l'article 317 ; mais il faut que l'incapacité ait été complète, que la maladie ait été réelle : une indisposition légère et momentanée ne suffirait pas pour justifier cette application.

1. Sur l'art. 317, 2e édition, t. 2, p. 66.

1334. La réunion des trois circonstances élémentaires qui viennent d'être énumérées forme le délit prévu par la disposition additionnelle de l'article 317. Ce délit devient un crime : 1° si la maladie ou incapacité de travail personnel a duré plus de vingt jours ; 2° si le coupable, soit que la maladie ait duré moins ou plus de vingt jours, a commis le délit ou le crime envers un de ses ascendants, tels qu'ils sont désignés en l'art. 315. Nous ne pouvons que nous référer, sur ces deux points, aux explications que nous avons données sur les art. 309 et 312 ; la clarté des termes de l'art. 317, soit sur les caractères constitutifs de cette double circonstance aggravante, soit sur les peines qu'il prononce, rend toute observation particulière superflue.

§ III. — *Vente de substances nuisibles.*

1335. Le troisième délit qui, d'après l'ordre suivi par le Code, doit prendre place dans cette section, est *la vente des boissons falsifiées, contenant des mixtions nuisibles à la santé*. Ce délit se rapproche de ceux que nous venons d'examiner, parce qu'il a pour objet, comme le premier, l'emploi d'une substance nuisible; il en diffère, parce qu'il consiste uniquement dans la vente de cette substance, et qu'il est puni, abstraction faite de la maladie ou de l'incapacité de travail qui a pu en résulter.

Quel est le caractère de ce délit ? Si l'on considère le but de celui qui le commet, c'est une fraude, c'est un vol ; il ne s'inquiète pas des conséquences de sa falsification ; il ne pense pas, il ne désire pas que ces résultats soient fâcheux. Il trompe l'acheteur pour faire le gain d'un bénéfice illicite ; il n'a que ce bénéfice en vue. C'est d'après ces observations que nos vieux criminalistes voyaient dans ce délinquant un véritable faussaire : *Vendens annonam corruptam pœnâ falsi tenetur*, dit Farinacius [1]. D'autres auteurs restreignaient la punition du faux au cas où le délinquant avait vendu une chose pour une autre ; s'il s'était borné à

1. De falsit. et simulat. quœst. 150, n. 57.

altérer la nature de la chose vendue, son action n'était qu'une fraude passible d'une peine extraordinaire. *Vendens unam rem pro aliâ, committit falsum ; sed vendens aliquas merces corruptas, et sic aliquid falsitatis in se habentes, punitur extra ordinem crimine stellionatûs*[1].

Si l'on considère, au contraire, le résultat de cette action et ses effets sur la santé, le délit ne sera plus seulement une fraude sur une chose vendue, il constituera un attentat contre la santé des personnes ; c'est sous ce rapport que le Code pénal l'a classé. « Il est encore, dit l'exposé des motifs, un genre d'attentat contre la vie dont le projet de loi indique la répression ; ses auteurs sont les débitants de boissons falsifiées par des mixtions nuisibles à la santé ; empoisonneurs publics, qui par des oxydes métalliques cherchent à donner la saveur du vin à des liquides déjà chargés d'une couleur empruntée, et vendent en détail le poison et la mort. Cette cupidité meurtrière n'était punie par la loi en vigueur que d'un emprisonnement qui ne pouvait excéder une année. Le projet qui vous est soumis a doublé cette peine, et certes elle n'est pas trop sévère pour des hommes aussi dangereux. »

1386. La loi du 19-22 juillet 1791, titre 2, art. 38, portait en effet : « Toute personne convaincue d'avoir vendu des boissons falsifiées par des mixtions nuisibles sera condamnée à une amende qui ne pourra excéder 1,000 livres, et à un emprisonnement qui ne pourra excéder une année. Le jugement sera imprimé et affiché. La peine sera double en cas de récidive. » L'art. 318 du Code pénal a reproduit cet article en le modifiant : « Quiconque aura vendu ou débité des boissons falsifiées contenant des mixtions nuisibles à la santé, sera puni d'un emprisonnement de six jours à deux ans, et d'une amende de 16 à 500 francs. Seront saisies et confisquées les boissons falsifiées trouvées appartenir au vendeur ou débitant. »

1. Bertazius, consil. 168, n. 5 et 519 ; Menochius, casu 382, n. 1 et 119.

Cet article, aujourd'hui abrogé (*voy.* n° 1387), exigeait deux circonstances pour constituer le délit : 1° le fait de la *vente* ou du *débit* ; 2° la qualité nuisible des boissons.

L'incrimination s'arrête aux faits de vente ou de débit ; l'art. 475, n° 6, qui prévoit dans une autre espèce la même infraction, fait la même restriction. Ces deux dispositions ne pourraient donc être appliquées à la simple *exposition en vente* de boissons falsifiées ; mais cette exposition serait passible des peines pécuniaires portées par l'article 20 du titre 1er de la loi du 19 juillet 1791, lequel n'a été abrogé par aucune loi postérieure [1]. L'article 11 du décret du 15 décembre 1813, portant règlement sur le commerce des vins de Paris, supplée également, mais pour Paris seulement, aux termes limitatifs du Code pénal ; cet article porte : « Il est défendu à toutes personnes faisant à Paris le commerce des vins, de fabriquer, altérer ou falsifier des vins, d'avoir dans leurs caves, celliers et autres parties de leur domicile ou magasin, aucunes matières quelconques propres à fabriquer, falsifier ou mixtionner les vins, et ce, sous les peines portées aux art. 318, 475 et 476 du Code pénal. » Mais l'application de ce décret, qui étend les termes de la loi pénale au cas nouveau qu'elle n'avait point prévu, a été l'objet de la résistance des tribunaux et de la Cour de Paris ; et plusieurs arrêts successivement rendus par la Cour de cassation n'ont assuré que momentanément son exécution [2].

Le deuxième élément du délit est que les boissons vendues soient, par la fabrication et les mixtions qui ont

1. V. dans ce sens Cass., 5 sept. 1812, cité par Carnot, t. 2, p. 66. L'article 20, titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 est ainsi conçu : « En cas d'exposition ou vente de comestibles gâtés, corrompus ou nuisibles, ils seront confisqués ou détruits, et le délinquant condamné à une amende du tiers de sa contribution mobilière, laquelle amende ne peut être au-dessous de trois livres. »

2. V. Cass., 7 juill. 1827, S. 27. 1. 524 ; 4 août 1827, S. 28. 1. 27 ; 26 avril 1828, S. 1. 333 ; 20 mars 1827, S. 1. 427.

été opérées, *nuisibles à la santé* ; c'est cette circonstance qui caractérise l'attentat à la personne que le législateur a vu dans cet acte. « Les fabricants de vins, porte l'exposé des motifs, qui se contentent des mélanges plus désagréables au goût que nuisibles à la santé, sont étrangers au titre qui nous occupe, et leur mauvaise foi ne les rend justiciables que des tribunaux de simple police. » C'est ce qui résulte en effet du rapprochement de l'art. 318 avec l'art. 475, n° 6, du Code pénal, lequel prononce des peines de police contre « ceux qui auront vendu ou débité des boissons *falsifiées*, sans préjudice des peines plus sévères qui seront prononcées par les tribunaux de police correctionnelle, dans le cas où elles contiendraient des mixtions *nuisibles à la santé.* » Ainsi, lorsque les boissons, bien que falsifiées, ne sont pas dangereuses, leur débit rentre dans les termes de l'art. 475; dès qu'elles sont nuisibles, cette circonstance, considérée comme aggravante, motive l'application de l'art. 318.

1387. Cette législation a été abrogée. La loi du 5 mai 1855 est ainsi conçue : « — Art. 1er. Les dispositions de la loi du 27 mars 1851 sont applicables aux boissons. — Art. 2. L'article 318 et le n° 6 de l'art. 475 du Code pénal sont et demeurent abrogés. » — La loi du 27 mars 1851, à laquelle cette nouvelle loi se réfère, contient les dispositions suivantes : — « Art. 1er. Seront punis des peines portées par l'art. 423 du Code pénal : 1° ceux qui falsifieront des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses destinées à être vendues; 2° ceux qui vendront ou mettront en vente des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses qu'ils sauront être falsifiées ou corrompues..,[1]. — Art. 2. Si, dans les cas prévus par l'art. 423 du Code pénal ou par l'art. 1er de la présente

1. * * Jugé que le délit de falsification prévu par l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851 se caractérise aussi bien par le retranchement d'une partie des éléments de la denrée mise en vente que par son mélange avec une substance étrangère ; spécialement, que le fait par un marchand d'enlever frauduleusement la crème du lait qu'il met en vente constitue le délit de falsification. (Cass., 20 novembre 1885 ; Bull. n. 322.)

loi, il s'agit d'une marchandise contenant des mixtions nuisibles à la santé, l'amende sera de 50 à 500 francs, à moins que le quart des restitutions et dommages-intérêts n'excède cette dernière somme ; l'emprisonnement sera de trois mois à deux ans. Le présent article sera applicable même au cas où la falsification nuisible serait connue de l'acheteur ou consommateur. »

L'exposé des motifs de la loi du 5 mai 1855 porte ce qui suit : « En matière de falsification de boissons, la répression pénale, même en l'absence de la loi du 27 mars 1851, n'est pas absolument désarmée. Dans l'état actuel de la législation, la matière est régie par deux textes : l'art. 318 et l'art. 475, nº 6, du Code pénal. Mais si on en restait là, cette répression serait beaucoup moins complète et moins sévère qu'en matière de falsification des denrées alimentaires, et cependant le préjudice va plus loin et atteint plus d'intérêts. La répression serait moins complète et moins sévère. En effet, aux termes de la loi du 27 mars 1851, la falsification simple, alors même qu'elle n'est pas directement nuisible, est un délit punissable d'une peine correctionnelle. Si on n'applique pas cette loi aux boissons, la falsification simple restera une contravention punissable d'une peine de police. Aux termes de la même loi, le fait de la falsification est puni comme la vente de la substance falsifiée ; il est considéré comme un acte de complicité. Avec le Code pénal seul, l'auteur de la falsification des boissons faite en vue de tromper l'acheteur restera impuni. Enfin, aux termes de l'art. 3 de la même loi, il est interdit au marchand de denrées alimentaires de conserver dans les lieux où s'exerce son commerce ou dans leurs dépendances, des marchandises falsifiées. Pour les boissons, à défaut de cette disposition, cette interdiction très efficace disparaît. Nous avons dit, d'un autre côté, que le préjudice causé par la falsification des boissons compromet plus d'intérêts. En effet, indépendamment du préjudice causé à la santé publique, cette falsification est très préjudiciable aux intérêts des producteurs de vins et aux finances de l'État et des communes. Elle est préjudiciable aux intérêts des producteurs de vins, puisque, dans les époques normales, quand le vin est

abondant, la falsification de ce liquide contribue, pour sa part, à déprécier les cours par une concurrence déloyale. Elle est bien autrement préjudiciable au Trésor et aux communes, puisque le marchand qui falsifie ses boissons, c'est-à-dire qui en augmente la quantité par le mélange de substances qui ne supportent pas de droits, qui livre par conséquent à la consommation, pour des boissons ayant acquitté les droits, un liquide qui ne les a payés que pour un quart ou pour un tiers, fraude le Trésor ou la commune de toute la différence. »

1388. Il résulte d'abord de ces nouveaux textes que la simple falsification des boissons, même non nuisibles à la santé, la vente ou la mise en vente de ces boissons falsifiées, enfin, aux termes de l'art. 3 de la loi du 27 mars 1851, leur seule détention dans les magasins du marchand constituent un délit [1]. Nous retrouverons plus loin, en expliquant l'art. 423, les difficultés que cette incrimination a soulevées. Mais il en est une spéciale à la matière des boissons, et qui doit être examinée ici. Dans quels cas y a-t-il falsification en cette matière ? et comment distinguer les mélanges permis et les mélanges défendus ?

On lit dans l'exposé des motifs : « On pourrait craindre que, sous prétexte de falsification, et à défaut d'une définition précise donnée à ce mot, la loi vînt à entraver certaines opérations licites de mélange et de fabrication qui sont usitées dans le commerce des vins. Il est bon par conséquent de déclarer qu'il n'est point entré dans la pensée du gouvernement qui propose la loi, ni du Conseil d'État qui l'a adoptée, d'entraver en rien et de réprimer les diverses opérations loyalement faites et usitées dans le commerce, qui consistent : — soit à couper les vins de diverses provenances et de diverses qua-

1. ** Et le négociant qui a vendu à des cabaretiers ou aubergistes des préparations destinées et qui ont servi soit à fabriquer des boissons avec des éléments étrangers à leur composition normale, soit à colorer des boissons ou à en changer la saveur pour dissimuler leur origine, sachant qu'elles devaient y servir, est à bon droit condamné comme complice du délit de falsification de boissons (Cass., 18 nov. 1880 ; Bull. n. 200).

lités pour les améliorer, pour les conserver ou même pour donner satisfaction au goût du public ou au besoin du bon marché ; — soit, suivant l'expression usitée en ce genre de commerce, à *travailler* les vins suivant des procédés fort divers, les uns très anciens, les autres indiqués par la science moderne ; — soit à imiter par diverses combinaisons les vins étrangers. En un mot, la loi n'entend atteindre et frapper que les altérations frauduleuses faites en vue de tromper l'acheteur. Par cela même qu'il ne s'agit plus d'une contravention, mais d'un délit, la question de fraude, d'intention frauduleuse se pose nécessairement tout d'abord, et là où il n'y a pas de fraude, pas d'intention frauduleuse, le délit disparaît. »

1389. Cette distinction a été appliquée par la jurisprudence. Dans une espèce où le vin livré par le vendeur n'était pas le même que celui qui avait été goûté et agréé, où un vin composé de moitié vin rouge et moitié vin blanc avait été substitué au vin rouge naturel et sans mélange de vin blanc demandé par l'acheteur, il a été jugé qu'il y avait falsification : « attendu que la loi du 5 mai 1855 punit toute falsification de boissons destinées à être vendues, et toute vente de boissons que l'on sait être falsifiées ou corrompues ; que si cette loi ne s'applique pas au mélange ou coupage des vins autorisé par les usages du commerce, et, par suite, présumé connu des acheteurs, il n'en est pas de même des mélanges faits avec déloyauté et intention de tromper le consommateur[1]. » La même solution a été étendue : 1° au cas où le marchand, après avoir mélangé soit un tiers d'eau-de-vie venant de la Rochelle et deux tiers de 3/6 dédoublés avec de l'eau, soit une moitié d'eau-de-vie venant de la Rochelle ou de Jarnac, ou bien une moitié d'eau-de-vie déjà opérée et une moitié de 3/6 étendue d'eau, avait mis ces mélanges en vente, sans en prévenir les acheteurs, sous le nom d'eau-de-vie d'Aigrefeuille ou de Cognac[2] ; 2° au cas où des vins des environs de Blaye et de Libourne ont été classés, dans un inventaire annexé à un contrat de société, et dans l'intention de tromper

1. Cass., 27 fév. 1857 ; Bull. n. 86.
2. Cass., 21 mars 1857, Bull. n. 110.

un associé, comme des vins de Saint-Julien, Pauillac et Saint-Estèphe[1] ; 3°, au cas, enfin, où il est constaté que le vendeur était dans l'usage de retirer des tonneaux vendus et prêts à être expédiés une certaine quantité de vin qu'il remplaçait par de l'eau, et cela lorsque le vin avait été dégusté et acheté avec le fût[2]. Dans une autre espèce, au contraire, où il était constaté que les prévenus avaient affaibli l'alcool qu'ils livraient à la consommation par l'addition d'une certaine quantité d'eau, il a été reconnu qu'un tel mélange ne constituait aucune falsification lorsqu'il était établi, d'une part, que ce mélange avait pour objet, non de falsifier l'alcool, mais de satisfaire aux exigences des consommateurs par la transformation de cet alcool en eau-de-vie plus ou moins forte et à bon marché ; et, d'une autre part, que l'addition de caramel faite à ce mélange était fondée sur un usage attesté par tout le commerce[3]. Il résulte de ces arrêts que, dans l'esprit de la jurisprudence comme dans celui de la loi, c'est la fraude, et la fraude seule, qui constitue le délit ; les mélanges auxquels les boissons sont soumises sont à l'abri de toute incrimination lorsqu'ils sont notoires, conformes à des usages de commerce ou à des habitudes de consommation, loyalement pratiqués et annoncés aux acheteurs ; ils prennent au contraire le caractère d'une falsification, lorsque, si inoffensifs qu'ils soient, et ne provenant même que d'une addition d'eau,

1. Cass., 14 mai 1858, Bull. n. 152.

2. Cass., 24 juin 1859, Bull. n. 151. — * * Jugé encore qu'il y a délit de falsification de boissons dans le fait de mélanger de la piquette de raisins secs avec des vins annoncés à l'acheteur comme vins de nature, et qu'on ne saurait voir là un coupage autorisé par les usages du commerce (Cass., 5 novembre 1885 ; Bull. n. 291). — Comp. Bordeaux, 11 février 1876 ; S.77.2.111 (fabrication et vente comme vins rouges de boissons composées de vin blanc et de vin rouge saturés de caramel) ; — Nîmes, 4 mai 1877 (coloration des vins par la fuchsine) ; — Cass., 29 et 30 nov. 1877 ; Bull. n. 249 ; S.78.1.230 ; — Grenoble, 1er décembre 1876 ; S. 77.2. 112 ; — Dijon, 13 mars 1878 ; S.78.2.174 (la coloration des vins par la fuchsine constitue une fabrication nuisible à la santé) ; — *Adde*, Grenoble, 17 décembre 1876 ; S.77.2.112, et Nîmes, 4 mai 1877 ; S.77.2.185 ; — V. toutefois, Bordeaux, 11 février 1876 ; S.77. 2.111.

3. Cass., 22 nov. 1860, Bull. n. 246.

ils sont pratiqués frauduleusement, en vue de tromper l'acheteur sur la qualité ou sur le prix et pour se procurer un bénéfice illicite.

1390. Le délit de falsification s'aggrave si les mixtions sont nuisibles à la santé, et, dans ce cas, la peine remonte au taux qu'avait fixé l'art. 318. Il importe peu que cette falsification nuisible soit connue de l'acheteur, car le but de la loi est de préserver la santé publique non-seulement contre l'excès d'une coupable spéculation, mais contre l'ignorance ou la grossièreté des consommateurs eux-mêmes. Comment apprécier ce caractère nuisible? Évidemment ce ne peut être que par le ministère des experts ; il ne peut appartenir qu'aux hommes de la science d'analyser les propriétés des diverses substances, et d'établir les effets de leur mixtion : mais les opinions et les expériences qui peuvent les appuyer, destinées à éclairer les juges, n'enchaînent pas leur jugement, et la Cour de cassation a décidé en conséquence, par plusieurs arrêts, que, lors même que les experts auraient déclaré que les boissons falsifiées ne contiendraient aucune mixtion nuisible, il rentrait dans le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de prononcer les peines légales, s'ils ont la conviction personnelle qu'elles en contiennent réellement [1].

Ajoutons que le délit prévu par l'art. 318 exigeait, outre les deux circonstances qui viennent d'être expliquées, que le prévenu ait agi *sciemment*, c'est-à-dire avec la connaissance que les boissons étaient falsifiées et pouvaient être nuisibles ; car il ne s'agit point ici d'une simple contravention matérielle, il s'agit d'un délit, et l'on ne peut dès lors le punir qu'après avoir constaté la volonté criminelle de l'agent. Il en serait de même évidemment aujourd'hui, ainsi que cela a été établi nos 1388 et 1389.

1391. La deuxième disposition de l'art. 318 prescrivait que les boissons falsifiées, trouvées appartenir au vendeur ou débitant, fussent saisies et confisquées. L'art. 477 reproduisait

1. V. Cass., 14 déc. 1808 et 25 juin 1813, cités par Carnot, t. 2, p. 67, et Cass., 28 oct. 1814, cité par Bourguignon, t. 3, p. 295. V. aussi l'article 323 du Code de procédure civile.

ces mêmes termes. Il suivait de là que les boissons falsifiées qui n'appartiennent pas au débitant ne pouvaient être ni saisies ni confisquées ; restriction assez étrange, car la seule existence de ces boissons est une menace continue contre la santé publique. Cette restriction a été effacée par l'art. 5 de la loi du 27 mars 1851, qui porte seulement que « les objets dont la vente, usage et possession constituent le délit, seront confisqués conformément à l'art. 23 et aux art. 477 et 481 du Code pénal [1]. »

1392. Une autre question naît des mêmes termes : lorsque les boissons n'ont pas été saisies, les juges peuvent-ils en prononcer la confiscation ? Un arrêt de la Cour de cassation a déclaré que le défaut de saisie des boissons falsifiées n'empêche pas d'en prononcer la confiscation, et de condamner le délinquant à les représenter ou à payer une somme arbitrée par les juges comme équivalente [2]. M. Rauter a critiqué cet arrêt : « Pour qu'il puisse y avoir confiscation, dit-il, il faut que l'objet à confisquer soit à la disposition du juge, c'est-à-dire qu'il y ait mainmise ou saisie judiciaire [3]. » Nous sommes de cet avis : les termes de la loi, d'abord, sont formels ; ils prescrivent la saisie et la confiscation, ils ne séparent point ces deux mesures ; mais ensuite la raison des choses indique qu'elles ne doivent point être séparées. Dans les matières spéciales où l'action a pour but principal la confiscation des objets qui se trouvent en délit, la saisie est le fondement de cette action ; les lois des 19 brumaire an VI, 9 floréal an VII, et 1er germinal an XIII, qui règlent les formes suivant lesquelles sont constatées les contraventions fiscales, exigent dans tous les cas la saisie, soit qu'elle ait pour but de constater des contraventions qui ne laissent

1. * * Il a été jugé que la confiscation des vins falsifiés peut être prononcée par le tribunal correctionnel, bien qu'une ordonnance de non-lieu soit intervenue en faveur du négociant dans les mains duquel ils ont été saisis, si ces vins constituent des substances nuisibles à la santé (Bordeaux. 20 août 1884 ; S.86.2.135).

2. Cass., 1er mars 1813. Cet arrêt est cité par tous les auteurs, mais aucun n'en donne le texte, qui ne se trouve dans aucun recueil.

3. Traité du dr. crim., t. 2, p. 41.

point de traces après elles, soit d'assurer l'identité des choses confisquées ; c'est la base indispensable de la poursuite, et de là la maxime : *Point de saisie, point d'action.* Nous ne prétendons pas appliquer cette maxime à la poursuite d'un délit commun ; l'action publique, dans le cas de l'art. 318, était évidemment indépendante de la saisie des boissons falsifiées ; mais les deux paragraphes de l'art. 318 formaient deux dispositions distinctes : la première avait pour objet l'application des peines, l'autre la destruction des boissons ; or, daus ce dernier cas, la règle qui régit les matières spéciales ne s'applique-t-elle pas de plein droit ? Comment confisquer des boissons qui n'ont pas été *saisies* ? comment s'assurer de leur identité, de leur valeur ? Et n'est-ce pas d'ailleurs substituer une peine à une autre peine que de condamner le délinquant à payer une somme arbitrée comme équivalente ? Cette estimation, quelle qu'en soit la base, n'est-elle pas une évidente aggravation de la peine ? On peut citer à l'appui de cette doctrine un arrêt rendu dans une matière analogue et qui est ainsi conçu : « Sur le 3e moyen, tiré de la prétendue violation : 1° de l'art. 423, en ce que l'arrêt n'a pas ordonné la confiscation et le bris des faux poids ; 2° de l'art. 35 de l'ordonnance du 19 avril 1839, en ce qu'il a été statué sur une prévention de tromperie à l'aide de faux poids, bien que les faux poids n'eussent pas été saisis : — attendu que le législateur n'a point entendu subordonner l'application de la peine à une saisie qui, comme dans l'espèce, n'aurait pas été opérée ; d'où il résulte qu'il n'y avait lieu d'ordonner ni la confiscation ni le bris de faux poids qui ne se trouvaient pas sous la main de la justice ; rejette [1]. »

1393. Nous ne faisons au surplus qu'indiquer très succinctement ici les dispositions de la loi du 27 mars 1851 qui ont remplacé l'art. 318. Nous reviendrons plus amplement sur cette matière dans notre commentaire sur l'art. 423, dans lequel doit prendre place cette loi nouvelle avec toutes les applications dont elle est susceptible, tant aux denrées alimentaires qu'aux boissons.

1. Cass., 9 janv. 1852, Bull. n. 6.

CHAPITRE L.

DE LA FABRICATION, DE LA VENTE ET DU PORT DES ARMES PROHIBÉES.

(*Commentaire des art.* 314 *et* 315 *du Code pénal et de la loi du* 14 *août* 1885.)

1394. Objet de l'art. 314. Caractère du délit qu'il prévoit.
1395. Cet article a été modifié par l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834 (et par la loi du 14 août 1885).
1396. Caractères constitutifs du délit.
1397. Quelles armes sont réputées prohibées.
1398. Législation spéciale pour les armes de guerre. Loi du 14 juillet 1860. — *Loi du* 14 *août* 1885.
1399. Dispositions réglementaires sur les armes prohibées. Validité de l'ordonnance du 23 mars 1728.
1400. Jurisprudence sur les couteaux en forme de poignards.
1401. Jurisprudence sur les pistolets de poche.
1402. Ce qu'il faut entendre par « les armes offensives et cachées. »
1403. Modification de l'art. 315 sur la surveillance (aujourd'hui l'interdiction de résidence) par l'art. 11 de la loi du 24 mai 1834.

1394. La fabrication, le débit et le port d'armes prohibées peuvent constituer des actes préparatoires des crimes et des délits ; mais, isolés de toute intention criminelle, ces actes ne constituent point en eux-mêmes un délit moral. La loi a dû les interdire, parce qu'ils fournissaient au crime des instruments faciles ; mais elle ne punit les personnes qui enfreignent ses prohibitions qu'à raison de leur désobéissance. Si cette infraction se trouve rangée dans la classe des crimes, c'est parce que les armes prohibées sont le plus souvent employées à commettre des crimes ; c'est parce qu'il existe une sorte de complicité, non pas morale, mais matérielle, entre celui qui fournit une arme propre surtout pour le crime et celui qui en fait usage.

L'art. 314 du Code pénal est ainsi conçu : « Tout individu

qui aura fabriqué ou débité des stylets, tromblons, ou quelque espèce que ce soit d'armes prohibées par la loi ou par des règlements d'administration publique, sera puni d'un emprisonnement de six jours à six mois. Celui qui sera porteur desdites armes sera puni d'une amende de 16 à 200 francs. Dans l'un et l'autre cas, les armes seront confisquées [1]. Le tout sans préjudice de plus forte peine, s'il y échet, en cas de complicité de crime. »

1395. Cet article a été modifié par l'article 1er de la loi du 24 mai 1834 sur les détenteurs d'armes ou de munitions de guerre. Le rapporteur de la Chambre des députés s'exprimait ainsi en proposant cette modification : « Votre commission a cru devoir élever les peines prononcées par l'art. 314 du Code pénal contre les fabricants et porteurs d'armes prohibées : ces peines avaient été calculées pour ôter un instrument à des vengeances privées, et elles pouvaient suffire ; mais lorsque la férocité, que les vengeances des partis introduisent dans nos mœurs, menace de faire de ces armes dangereuses des instruments d'assassinats politiques, nous avons pensé qu'il fallait redoubler de rigueur pour en interdire l'usage [2]. » Le rapporteur de la Chambre des pairs reproduisit cette observation : « L'art. 1er du projet aggrave les peines de l'art. 314... Cette aggravation a un trop juste motif dans le large et funeste emploi que l'on a fait récemment de ces armes [3]. » L'art. 1er de la loi est ainsi conçu : « Tout individu qui aura fabriqué, débité ou distribué des armes prohibées par la loi ou par les règlements d'administration publique, sera puni de l'emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 16 à 500 francs. Celui qui sera porteur [4] desdites armes sera puni d'un emprisonnement de

1. * * V. Cass., 9 sept. 1886, Bull. n. 325.

2. Moniteur du 1er mai 1834, 1er suppl., et du 15 mai suiv.

3. Moniteur du 22 mai 1834, suppl.

4. * * Jugé que la loi n'exige pas que l'arme prohibée ait été portée dans un lieu public, et que le délit prévu et puni par la loi du 24 mai 1834 existe si l'on est trouvé porteur de l'arme hors de son domicile (Cass., 13 juill. 1876 ; Bull. n. 166).

six jours à six mois, et d'une amende de 16 à 200 fr.[1].

1396. Le délit n'a point changé de nature dans les deux incriminations, ses éléments sont les mêmes; dans le Code pénal et dans la loi du 24 mai 1834, le fait incriminé n'est qu'une infraction matérielle, isolée de toute circonstance aggravante, de toute tentative ou complicité d'un délit ou d'un crime; la loi ne voit que le port d'une arme dangereuse, elle la saisit dans les mains de celui qui la porte; elle le punit à raison de ce seul fait; elle n'agit point en vue de l'usage qui en est fait actuellement, mais de l'usage qui peut en être fait; c'est une loi préventive, c'est une mesure de police; toute la contravention est dans la désobéissance à la prohibition légale. Si au port des armes prohibées se liaient le projet d'un attentat, la pensée d'un crime, la contravention se trouverait absorbée par ce crime dès que la loi pénale le pourrait saisir, et l'agent deviendrait passible d'une peine plus grave. C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 314 : « Le tout sans préjudice de plus forte peine, s'il y échet, en cas de complicité de crime. » Ainsi donc, dans cette matière, le fait matériel du port d'une arme prohibée suffit pour constituer le délit; la bonne foi de l'agent peut être une circonstance atténuante de la peine, elle n'efface point l'infraction[2].

1397. La plus grave et peut-être la seule difficulté de cette matière consiste à définir ce qu'il faut entendre par *armes prohibées*.

Nous avons examiné précédemment (nos 508 et 510) quels sont les instruments qu'on doit qualifier *armes*, lorsqu'ils

1. * * Mais la loi de 1834 a été modifiée elle-même, en ce qui concerne la fabrication et le commerce des armes, par la loi du 14 août 1885, dont nous donnons le texte plus loin. La fabrication et le commerce sont libres, sauf en ce qui concerne les armes des modèles réglementaires : la détention et le port d'armes restent soumis aux dispositions de la loi du 24 mai 1834 (V. *infrà*, p. 104, n. 2).

2. * * Comp. Cass., 15 juin 1877; Bull. n. 143. — La bonne foi de l'agent ici ne pourrait consister que dans l'ignorance de la loi; et jamais l'ignorance de la loi ne peut être une cause exclusive de l'imputabilité. Mais cela n'empêche pas que le fait prévu par l'art. 314, étant puni de peines correctionnelles, constitue un délit (V. t. I. p. 36, n. 1. et p. 195).

sont trouvés dans les mains des malfaiteurs au moment de l'exécution d'un délit ou d'un crime, et nous avons vu qu'en général ces objets puisent cette qualification moins dans leur nature intrinsèque que dans l'usage auquel ils sont destinés. En ce moment la question est toute différente : il ne s'agit plus de considérer le port d'armes comme une circonstance aggravante d'un crime ou d'un délit, mais bien comme un délit distinct et indépendant des actes qu'il peut favoriser. Tout le délit est donc dans la nature des armes portées.

On distingue deux espèces d'armes : les armes apparentes et défensives, qui ne deviennent offensives que par accident; et les armes cachées et secrètes, offensives par la présomption légale, et dont le port illicite peut seconder les attentats des malfaiteurs.

Le port des armes ordinaires n'est interdit par aucune loi. Le droit de port d'armes appartient à tous les citoyens ; ils ne peuvent en être privés qu'à titre de punition et par jugement [1]. Quant à la fabrication et à la vente, la loi « n'interdisait » que celle des *armes de guerre*.

1398. « Cette » interdiction relative aux armes de guerre « avait » été modifiée par une loi du 14 juillet 1860, qui « portait » : « Art. 1er. Toute personne peut se livrer à la fabrication ou au commerce des armes ou des pièces d'armes de guerre en vertu d'une autorisation donnée par le ministre de la guerre, et sous les conditions déterminées par la loi et par les règlements d'administration publique. Les armes ou les pièces d'armes de guerre, fabriquées dans les établissements autorisés, ne peuvent être destinées qu'à l'exportation, sauf le cas de commandes faites par le ministre de la guerre pour le service de l'Etat. » Les articles suivants « énuméraient » les conditions et les termes de cette fabrication et de ce commerce [2].

1. V. l'avis du Cons. d'Etat du 17 mai 1811, et l'ord. de 1660, tit. 30, art. 5.

2. * * Mais cette législation a été remplacée elle-même par la loi du 14 août 1885, *sur la fabrication et le commerce des armes et des munitions non chargées*. L'art. 1er de cette loi porte : « La fabrication et le com-

merce des armes de toute espèce non réglementaires en France, y compris les armes d'affût (canons, mitrailleuses, etc.) et des munitions non chargées employées pour ces armes (douilles de cartouches, projectiles, fusées, etc.) sont entièrement libres. » — Art. 2 : « La fabrication et le commerce des armes de toutes espèces des modèles réglementaires en France et des munitions non chargées employées pour ces armes sont libres sous la réserve des conditions énoncées ci-après, art. 3 et 4. Les armes de modèles réglementaires en France sont celles qui sont en service dans les armées de terre et de mer; elles sont définies par les tables de construction approuvées par le ministre de la guerre et par le ministre de la marine. » — Les art. 3 et 4 déterminent les formalités à remplir par ceux qui veulent se livrer à la fabrication et au commerce des armes et munitions réglementaires. — L'art. 5 ajoute : « Les dispositions ci-dessus ne sont pas applicables aux armes blanches et aux revolvers, dont la fabrication et le commerce sont complétement libres. » — Les art. 7 et suiv. autorisent, sous les mêmes réserves, l'importation, l'exportation et le transit des armes. — Les art. 12 à 14 contiennent la sanction de ces dispositions. Art. 12 : « Quiconque, sans avoir fait la déclaration voulue par l'art. 3, se livre à la fabrication ou au commerce des armes, pièces d'armes ou munitions non chargées des modèles réglementaires, est puni d'une amende de 16 à 1,000 fr., et d'un emprisonnement d'un mois à deux ans. Les armes, pièces d'armes ou munitions non chargées ainsi fabriquées ou mises en vente sont confisquées. En cas de récidive, ces peines pourront être portées jusqu'au double. » — Art. 13 : Le commerçant ou le fabricant d'armes, de pièces d'armes ou de munitions non chargées des modèles réglementaires en France qui ne s'est pas conformé aux dispositions de l'art. 4 de la présente loi est puni d'une amende de 16 à 300 fr.: il peut, en outre être puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois. — En cas de récidive, la peine peut être portée au double. » — Art. 14 : Dans tous les cas prévus par la présente loi, il peut être fait application de l'art. 463 C. pén. »

Ainsi la liberté proclamée par cette loi ne s'applique qu'aux armes non réglementaires et aux munitions non chargées. « La liberté de fabrication des munitions chargées, porte l'exposé des motifs, est difficilement compatible avec la surveillance permanente que les substances explosibles exigent pour la sécurité publique, soit dans les dépôts, soit dans les transports. »

La question s'est élevée de savoir si cette loi du 14 août 1885 n'avait pas abrogé les dispositions pénales qui répriment le port d'armes prohibées. La Cour de Douai (arrêt du 29 mars 1886) et le tribunal d'Oléron (jugement du 3 juillet 1886) ont résolu cette question affirmativement (S. 86. 2. 193). Au contraire, les Cours de Grenoble (28 janv. 1886), de Paris (22 juin 1886) et de Nîmes (23 octobre 1886), l'ont résolue négativement (S. 86. 2. 193). Cette dernière solution nous paraît la plus juridique. L'art. 16 de la loi nouvelle n'abroge que « les dispositions qui seraient contraires à la présente loi », et les dispositions antérieures, notamment

1399. Les armes *prohibées* sont celles dont le port a été défendu *par la loi ou par des règlements d'administration publique.*

L'article 314 désigne nominativement les *stylets* et les *tromblons*.

Le décret du 2 nivôse an XIV prohibait déjà les *fusils* et *pistolets à vent* ; son art. 1er est ainsi conçu : « Les fusils et pistolets à vent sont déclarés compris dans les armes offensives dangereuses, cachées et secrètes, dont la fabrication, l'usage et le port sont interdits par les lois. »

Le décret du 12 mars 1806 avait été plus loin en remettant en vigueur la déclaration du 23 mars 1728 ; ce décret porte textuellement : « La déclaration du 23 mars 1728, concernant le port d'armes, sera imprimée à la suite du présent décret et exécutée. »

Or cette déclaration est ainsi conçue : « Ordonnons qu'à l'avenir toute fabrique, commerce, vente, débit, achat, port, usage des *poignards*, *couteaux* en forme de poignards, soit de poche, soit de fusil, des *baïonnettes*, *pistolets de poche*, *épées en bâton*, *bâtons à ferrements* autres que ceux qui sont ferrés par le bout, et *autres armes offensives*, *cachées et secrètes*, soient et demeurent pour toujours généralement abolis et défendus. »

Tels sont les règlements qui ont désigné les armes cachées et secrètes. Quelques doutes s'étaient élevés sur le force

celles de la loi du 24 mai 1834 qui répriment le port d'armes prohibées, n'ont rien d'incompatible avec la loi de 1885, qui proclame la liberté de la fabrication et du commerce. L'arrêt de la Cour de Paris dit avec raison : « ...que le caractère exclusivement économique de la loi de 1885 ressort nettement de toutes ses dispositions ; qu'elle a en vue le développement d'une branche de l'industrie nationale ; mais que nulle part, ni dans la pensée du législateur, ni dans le texte de la loi, n'est apparue la pensée de faire une loi de police sur cette matière;... que les documents législatifs ne laissent d'ailleurs aucun doute sur la portée de la loi ; que le rapporteur au Sénat a formellement déclaré que les dispositions relatives à la détention des armes demeuraient en vigueur...» Il ressort, en effet, avec évidence des travaux préparatoires, que le législateur de 1885 n'a pas voulu toucher aux dispositions relatives à la détention d'armes prohibées (V. S. *Lois annotées* de 1886, p. 5 et suiv.).

réglementaire de la déclaration du 23 mars 1728 ; la Cour de cassation les a combattus par un arrêt dont les motifs principaux sont : « qu'aux termes de l'art. 314, la fabrique, le débit, le port d'*armes prohibées par la loi* ou par des *règlements d'administration publique*, sont classés au nombre des délits, et les délinquants déclarés passibles des peines portées audit article ; et que, d'après l'art. 484, les Cours et tribunaux doivent observer les lois et règlements particuliers, dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le Code pénal ; que le port d'armes est au nombre des matières qui sont régies par des lois et règlements particuliers, et qu'il est formellement compris dans le discours prononcé par l'orateur du gouvernement, en présentant au Corps législatif le livre 4 du Code pénal et les motifs dudit art. 484[1] ; que la déclaration du roi du 23 mars 1728, remise en vigueur par les décrets des 2 nivôse an XIV et 12 mars 1806, est une loi et un règlement d'administration publique, et que dès lors elle doit être observée par les Cours et tribunaux dans celles de ses dispositions qui n'ont pas été modifiées par des lois postérieures, quant à la nature et la quotité des peines et amendes[2]. » Nous ne faisons aucune difficulté d'adopter cette interprétation, en considérant toutefois la déclaration du 23 mars 1728, non comme une loi, mais comme un règlement auquel le décret du 12 mars 1806 a prêté sa force légale en cette matière.

1100. L'ordonnance du 23 mars 1728 comprend parmi les armes prohibées « les couteaux en forme de poignard ». Dans une espèce où le juge du fait avait renvoyé le prévenu de la poursuite, non pas parce que les lames saisies n'avaient pas la forme de couteaux-poignards, mais parce qu'elles n'avaient pas un double tranchant, l'arrêt a été cassé : « attendu qu'il déclare en principe que l'on ne peut reconnaître le caractère de poignard qu'aux lames seules qui auraient deux tran-

1. « Cette dernière disposition, a dit le conseiller d'État Réal dans l'exposé des motifs, maintient les lois et règlements actuellement en vigueur, relatifs..... au *port d'armes*. »

2. Cass., 26 août 1824, S.25.1.19.

chants, et semble préjuger ainsi que la prohibition ne porte que sur ce qui est un véritable poignard ; que ce n'est pas seulement la fabrication et la vente des poignards proprement dits qui est prohibée, que la disposition du règlement de 1728 porte aussi les couteaux en forme de poignard ; que l'arrêt attaqué devait examiner dès lors si les lames dont il s'agit présentaient le caractère de couteaux en forme de poignard[1]. » Dans une autre espèce, à peu près identique, le rejet du pourvoi a dû être, au contraire, prononcé : « attendu que l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834, rapproché de la déclaration du roi du 23 mars 1728, expressément maintenue en vigueur, prohibe la fabrication et la vente non-seulement des poignards, mais encore des couteaux en forme de poignard ; que si la lame aiguë et à deux tranchants constitue en général le poignard, les couteaux en forme de poignard n'ont pas nécessairement la lame à deux tranchants ; qu'ainsi ce serait donner à la loi une fausse interprétation que de les considérer, dans ce cas seulement, comme rentrant dans la prohibition, mais que le jugement déclare que les couteaux dont il a ordonné la restitution ne sont véritablement que des couteaux à un seul tranchant, bien que leur lame soit aiguë, suivant la forme des couteaux ; qu'il a pu, en constatant ainsi le fait, déclarer que ces couteaux n'étaient pas en forme de poignards[2]. »

1401. Deux questions se sont élevées au sujet des armes prohibées par cette déclaration : l'une est relative aux *pistolets de poche*. La Cour de cassation n'avait pas hésité à considérer ces pistolets comme des armes prohibées, en se fondant sur la déclaration de 1728, qui comprend nominativement ces armes au nombre de celles qu'elle répute offensives, cachées et secrètes[3]. Cette jurisprudence fut tout à coup ébranlée : la Cour d'Orléans, devant laquelle la question avait été portée, exhuma un décret du 14 décembre 1810, contenant *règlement pour les armes à feu fabriquées en France et*

1. Cass., 15 oct. 1841, Bull. n. 303.
2. Cass., 5 juill. 1851, Bull. n. 271.
3. Cass., 28 août 1824, S.25.1.19.

destinées pour le commerce: ce décret ne décidait point en principe que les pistolets de poche fussent des armes licites ; mais son art. 8 soumettait les fabricants d'armes de commerce à l'épreuve et à la marque du poinçon d'acceptation, et l'art. 9, déterminant les conditions d'épreuve des pistolets de poche, ajoutait : « Quant à la charge de chaque pistolet de poche, elle sera de quatre grammes. » La Cour d'Orléans vit dans cette disposition « une autorisation implicite, mais nécessaire, de confectionner et débiter des pistolets de poche, et conséquemment, à l'égard des armuriers, l'abrogation virtuelle, par contrariété de dispositions, de l'ordonnance de 1728[1]. » Un pourvoi ayant été formé contre cet arrêt, la Cour de cassation le rejeta : « attendu que le décret du 14 décembre 1810 a virtuellement dérogé à la déclaration du roi du 23 mars 1728, en ce qu'elle prohibait d'une manière absolue et à toujours la fabrication, la vente et le port des pistolets de poche[2].

Cet arrêt proclamait une lacune dangereuse pour la législation, puisque les considérations de sûreté et d'ordre public qui ont fait établir de tout temps la prohibition des pistolets de poche ont conservé toute leur force. Pour la faire cesser, et pour rétablir les anciennes prohibitions, le gouvernement a eu recours à un nouveau règlement d'administration publique. L'ordonnance du 23 février 1837 porte : « Les pistolets de poche sont prohibés[3]. » A quels signes reconnaître un pistolet de poche ? Quelle longueur doit-il avoir pour être réputé tel ? faut-il s'arrêter à huit, à dix ou douze

1. Arr. 29 août 1836, Journ. du dr. crim., 1836, p. 240.

2. Cass., 7 oct. 1836, Journ. du dr. crim., 1836, p. 241.

3. * * Mais il faut rappeler ici l'art. 5 de la loi du 14 août 1885, portant : « Les dispositions indiquées ci-dessus ne sont pas applicables aux armes blanches et aux revolvers, dont la fabrication et le commerce sont complétement libres. » — La prohibition légale ne subsiste donc que relativement au *port* de semblables armes.

Jugé que le revolver rentre dans la catégorie des pistolets de poche dont le port est prohibé par l'ordonnance du 23 février 1837 (Paris, 22 juin 1886 ; S.86.2.193).

pouces [1]? Cette question importante, puisqu'elle est la base de l'incrimination, demeure tout entière dans le domaine des tribunaux correctionnels ; et comme elle est de nature a se résoudre en fait, il résultera du silence et de l'abandon du législateur des solutions contradictoires qu'il fallait éviter. Il a été seulement décidé : 1° que l'exposition en vente des pistolets de poche constitue, aussi bien que la vente, le délit prévu par la loi ; 2° que l'allégation que ces pistolets étaient destinés à l'exportation ne suffit pas pour excuser l'infraction [2].

1402. La deuxième question est relative à ces termes de l'ordonnance de 1728 : *et autres armes offensives cachées et secrètes*. Est-il nécessaire que l'arme prohibée soit nominativement désignée par les règlements? Si elle est secrète et offensive de sa nature, ne se trouve-t-elle pas de droit comprise dans ces termes généraux de l'ordonnance? La Cour de cassation a résolu affirmativement cette dernière question, à l'égard d'une canne renfermant une arme à feu ; son arrêt porte : « que la déclaration de 1728 ne prohibe pas seulement les armes qui y sont spécialement désignées, mais aussi, d'une manière générale et absolue, toutes les armes offensives secrètes et cachées ; qu'il est déclaré, en fait, par le jugement que les cannes saisies et reconnues par le prévenu comme provenant de sa fabrication contiennent une arme offensive tellement cachée et dissimulée, qu'il est impossible, à la simple inspection de la découvrir, mais que, démontées et rajustées, elles offrent à la fois un fusil et un pistolet; que, d'après ces faits, l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834 était applicable au prévenu [3]. » Peut-être eût-il fallu, pour obéir au véritable esprit de l'art. 314, que chaque arme pro-

1. * * Jugé qu'un pistolet dont la longueur totale est de 31 centimètres ne peut être considéré comme un pistolet de poche, dont le port est prohibé par l'ordonnance du 23 février 1837 (Nîmes, 31 janv. 1884 ; S. 86. 2. 196).

2. Cass., 12 mars 1852, Bull. n. 87. — * * Mais ces solutions n'ont plus d'application depuis la loi du 14 août 1885, rapportée ci-dessus.

3. Cass., 19 juin 1835, Bull. n. 244.

hibée fût nominativement désignée par un règlement; mais cet article, et, depuis, l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834 se contentent de proscrire les armes *prohibées par la loi ou les règlements*. Dès lors donc qu'un règlement reconnu régulier et valide déclare prohibées *toutes armes offensives cachées et secrètes*, cette définition générale équivaut à une désignation nominative, et c'est aux juges à rechercher dans chaque arme les caractères qui constituent l'arme prohibée; il est inutile d'ajouter que ces caractères doivent être nécessairement constatés dans le jugement.

1403. Nous ferons sur cette matière une dernière observation. L'art. 315 du Code pénal porte que : « Outre les peines correctionnelles mentionnées dans les articles précédents, les tribunaux pourront prononcer le renvoi sous la surveillance de la haute police depuis deux ans jusqu'à dix ans [1]. » Cet article a été indirectement modifié en ce qui concerne le délit prévu par l'art. 314. En effet les peines prononcées par cet article se trouvent aujourd'hui remplacées, ainsi que nous l'avons fait observer, par celles portées en l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834. Or l'art. 11 de cette loi est ainsi conçu : « *Dans tous les cas prévus par la présente loi*, s'il existe des circonstances atténuantes, il sera fait application de l'art. 463 du Code pénal; néanmoins les condamnés *pourront toujours* être placés sous la surveillance de la haute police *pendant un temps qui ne pourra excéder le maximum de l'emprisonnement prononcé par la loi.* » Ainsi, d'après cet article comme d'après l'art. 315, le renvoi, sous la surveillance est facultatif à l'égard des condamnés pour délit d'armes prohibées; mais d'après l'art. 315, si cette peine est prononcée, elle ne peut l'être pour moins de cinq ans; tandis que, d'après l'article 11 de la loi du 24 mai 1834, la surveillance ne peut excéder le *maximum* de la durée de l'emprisonnement prononcé par la loi, c'est-à-dire, dans l'espèce, un an, et cette

1. * * La surveillance de la haute police a été supprimée par la loi du 27 mai 1885 (art. 19) et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement. (V. t. I, p. 193, n. 1).

surveillance n'a plus de *minimum*. Or il n'est pas douteux que ce dernier article doit seul se combiner avec l'art. 1er de la loi du 24 mai 1834 : ces deux dispositions, en effet, appartiennent à la même loi, au même système pénal ; et quand l'art. 1er de cette loi a abrogé, pour les remplacer, les peines principales portées par l'art. 314 du Code pénal contre ce délit, il serait impossible de considérer comme vivante encore une peine accessoire portée par le même Code, et de l'attacher irrévocablement à la loi nouvelle, tandis que cette loi a statué sur cette peine accessoire comme sur les peines principales ; nous pensons donc que l'art. 11 doit seul être appliqué désormais.

CHAPITRE LI.

DE L'HOMICIDE ET DES COUPS ET BLESSURES INVOLONTAIRES.

(*Commentaire des art.* 319 *et* 320 *du Code pénal.*)

1404. Distinction des différentes espèces d'homicide ou de coups et blessures.
1405. L'homicide purement accidentel ne constitue ni crime ni délit.
1406. Dans quels cas l'homicide est réputé purement accidentel.
1407. L'homicide involontaire, mais qui est la suite d'une faute, est imputable à son auteur.
1408. Législation sur ce point : texte de l'art. 319.
1409. Il faut, pour que le fait soit imputable, qu'il y ait une faute, et que cette faute soit l'une de celles prévues par la loi.
1410. Que faut-il entendre par imprudence, maladresse, négligence, etc.?
1411. La première des fautes est la maladresse. Explication de ce qu'il faut entendre par maladresse.
1412. Faits de maladresse résultant d'une cause morale.
1413. Responsabilité pénale des architectes et entrepreneurs.
1414. La faute de la victime n'excuse pas l'auteur de l'homicide.
1415. Mais il faut qu'il y ait un acte positif de maladresse et d'imprudence pour encourir la responsabilité pénale.
1416. Responsabilité pénale des médecins et sages-femmes.
1417. Examen du principe de cette responsabilité dans les cas d'impéritie.
1418. Discussion des arrêts rendus dans ce cas spécial.
1419. La deuxième faute est l'imprudence. Dans quels cas il y a imprudence.
1420. Dans quels cas il peut y avoir négligence ou inattention.
1421. Refus par un aubergiste de donner des soins à un de ses hôtes.
1422. De la faute résultant de l'inexécution des règlements.
1423. Application de l'art. 22 du décret du 3 janvier 1813, sur l'exploitation des mines.
1424. Application de l'art. 19 de la loi du 15 juillet 1845, sur les chemins de fer.
1425. Le délit prévu par l'art. 319 admet-il des complices?
1426. Éléments du délit prévu par l'article 320. Application des mêmes règles.

1404. On distingue trois espèces d'homicide : l'homicide volontaire (*homicidium dolosum*) ; l'homicide accidentel (*homicidium casuale*) ; et l'homicide qui n'est ni volontaire ni accidentel, c'est-à-dire celui qui est commis sans intention de tuer, mais qui est le résultat d'une faute quelconque (*homicidium culposum*). La même distinction sépare les coups et les blessures.

Nous venons d'examiner, dans les chapitres qui précèdent, les différentes espèces de l'homicide et des coups et blessures volontaires. Nous allons parler maintenant de l'homicide accidentel et de celui qui est commis, non par dol, mais par suite d'une faute.

1405. L'homicide purement accidentel ne constitue ni crime ni délit. Comment, en effet, imputer à l'agent un événement qu'il n'a pu ni prévoir ni prévenir ? *Ea quæ ex improviso casu potius quam fraude accidunt, facto plerumquè non noxæ imputantur* [1]. Jousse avait recueilli ce principe du droit romain : « L'homicide purement casuel ne se punit point, parce qu'il n'est accompagné d'aucune faute ni imprudence, et il n'est même dû en ce cas aucun intérêt civil [2]. » Ces lignes avaient été presque textuellement reproduites dans le Code de 1791 (2e part., tit. 2, art. 1) : « En cas d'homicide commis involontairement, s'il est prouvé que c'est par un accident qui ne soit l'effet d'aucune sorte de négligence ni d'imprudence, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine ni même aucune condamnation civile. » Notre Code a maintenu implicitement cette règle, en n'incriminant que l'homicide commis par suite d'une faute ; et l'exposé des motifs a clairement exprimé cette pensée de la loi : « Si l'homicide a été commis ou si les blessures ont été faites involontairement, par l'effet de circonstances malheureuses ou fortuites, par une de ces causes impossibles à prévoir qui ne tiennent à aucune négligence ou impru-

1. Bartol., in l. fin. C. de sicariis, l. 52 in fine, Dig. ad legem Aquiliam; crinacius, quæst. 126, n. 36 et seq.; Damhouderius, Prax. crim., F. 85.

2. Traité des mat. crim., t. 3, p. 523.

dence de la part de leurs auteurs, cet homicide casuel est un accident et non un attentat; il est aussi étranger à la volonté qu'à la possibilité de la prévoyance; il ne présente ni crime ni délit. »

1406. L'homicide casuel est donc celui qui, non-seulement n'est le résultat d'aucun dol, mais encore d'aucune faute de la part de celui qui l'a commis : *casuale dicitur homicidium quod casu inopinato, nullo prorsùs dolo, nullâque culpâ interveniente vel præcedente, committitur* [1]. Quelques docteurs distinguaient entre celui qui avait pour cause un cas fortuit (*ex casu fortuito*) et celui qui avait pour cause un cas imprévu (*ex casu improviso*) : ce dernier homicide supposait dans l'agent, sinon une faute, du moins un fait imputable qui avait précédé l'homicide [2]. Cette distinction n'existe plus.

L'homicide est donc purement casuel lorsque, par exemple, il a été causé par les armes des soldats qui s'exerçaient dans le lieu réservé à ces exercices : *si id à milite in eo campo ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur* [3]; s'il a été causé par des ouvriers travaillant à un bâtiment, pourvu que ceux-ci aient pris la précaution d'avertir les passants ou de mettre un signal: *si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est* [4]; s'il a été causé par le rasoir d'un barbier qui, au moment où il rasait dans sa boutique, a été violemment poussé par un tiers [5]; ou par la chute d'une cloche, au moment où l'on agitait la sonnerie [6].

1407. L'homicide commis sans intention de nuire, mais par suite d'une faute quelconque, est imputable à son auteur : la

1. Bartol., in. l. respiciendum, n. 3, Dig. de pœnis; Julius Clarus, § Homicidium, n. 2; Farinacius. quæst. 126, num. 57 : Damhouderius, Prax, crim., c. 85.

2. Farinacius, quæst 120, n. 47 ; l. 1. § 3, Dig. de sicariis.

3. Inst. lib. 4, tit. 3, lege Aquiliâ, § 4.

4. *Ibid.*, § 5.

5. Inst. de lege Aquiliâ, § 4; Cornel., art. 146.

6. Carrerius, in Prax. crimin. tract. de homicidio, § 14, excus. n. 7 ; Farinacius, quæst. 126, n. 38.

culpabilité de cet agent ne consiste point dans le dol, dans la volonté de faire le mal qu'il a causé, mais on peut justement lui reprocher un défaut de prévoyance et de précaution ; il est coupable d'une faute, et quand cette faute a eu pour résultat de ravir la vie à un homme, la conscience publique réclame une réparation. « Tel est, dit l'exposé des motifs, le prix que la loi doit attacher à la vie des hommes, qu'elle punit l'homicide qu'elle déclare involontaire, et qui n'est pas exempt de faute, quoique étranger au crime. Quiconque, par inobservation des règlements, maladresse, imprudence, inattention, méprise, négligence, aura commis ou occasionné involontairement un homicide ou des blessures, ne sera pas coupable d'un meurtre : il présentera à la justice une conscience pure du sang qu'il aura versé : mais ce sang répandu même involontairement est celui d'un homme ; s'il ne crie pas vengeance, il demande, il obtiendra une expiation. »

1408. Dans notre ancien droit, l'homicide commis par faute n'était passible que d'une peine simplement *satisfactoire*, suivant l'expression de Muyart de Vouglans[1], envers la partie qui avait souffert de l'homicide. Mais il fallait que le prévenu reconnût en quelque sorte sa faute, en sollicitant des lettres de rémission près les chancelleries des Cours de parlement[2]. Quand l'homicide était purement fortuit, le prévenu était déchargé, par les lettres, de toute peine, même pécuniaire ; quand il prenait sa cause dans une faute, les lettres accordaient à la partie lésée des réparations civiles[3].

Le législateur de 1791 avait rangé l'homicide involontaire parmi les délits correctionnels, lorsqu'il était le résultat de l'imprudence et de la négligence. L'art. 2 du titre 2 du Code du 25 septembre-6 octobre 1791 portait : « En cas d'homicide commis involontairement, mais par l'effet de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime, et l'accusé sera acquitté ; mais, en ce cas, il sera statué

1. Lois crim., p. 168.

2. Ord. 1670. tit. 26, art. 2 ; décl. des 20 nov. 1683, 10 août 1686, 27 fév. 1703, 22 mai 1723.

3. Loi crim., p. 169 ; Serpillon, t. 1er, p. 751.

par les juges sur les dommages et intérêts, et même sur les peines correctionnelles, suivant les circonstances. » L'art. 15 du titre 2 de la loi du 19-22 juillet 1791 avait précisé ces peines et ces circonstances : « En cas d'homicide dénoncé comme involontaire, ou reconnu tel par la déclaration du jury, s'il est la suite de l'imprudence ou de la négligence de son auteur, celui-ci sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le double de sa contribution mobilière, et, s'il y a lieu, à un emprisonnement qui ne pourra excéder un an. »

L'art. 319 du Code pénal a eu pour but de généraliser les cas prévus par cet article, et de remédier aux inconvénients d'une peine qui, dénuée de *minimum*, permettait une excessive indulgence ; cet article est ainsi conçu : « Quiconque par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 50 à 600 fr. [1] »

De cet article découlent deux règles qui dominent cette matière : la première, c'est que l'homicide involontaire qui n'est accompagné d'aucune des fautes qu'il mentionne ne constitue aucun délit ; nous avons précédemment insisté sur ce point ; la seconde, c'est que l'homicide involontaire n'est punissable que lorsqu'il a été commis par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements. Ce sont là les fautes qui seules peuvent rendre l'agent passible d'une peine.

1409. En général, et d'après le principe posé dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, tout fait quelconque de

1. ** L'art. 222 du Code pénal allemand porte : « Quiconque par négligence ou imprudence, aura occasionné la mort d'une personne, sera puni de l'emprisonnement pendant trois ans au plus. — Si le coupable était astreint, à raison de ses fonctions, de sa profession ou de son métier, à une attention particulière qu'il aura négligée, la peine pourra être élevée jusqu'à cinq ans d'emprisonnement. » — En cas de simple lésion, la peine est de 300 thalers au plus ou de l'emprisonnement pendant deux ans au plus, et, dans le 2e cas prévu ci-dessus, d'un emprisonnement pendant trois ans au plus (art. 230).

l'homme qui cause à autrui un dommage engage sa responsabilité, et il doit même répondre des dommages qu'il a causés, non-seulement par son fait, mais par sa négligence ou son imprudence. Cette obligation purement civile devient plus étroite lorsque l'imprudence ou la négligence a eu pour résultat un homicide : la vie humaine est si précieuse, que sa perte réfléchit sur l'action qui l'a causée un caractère plus grave ; la simple faute revêt la qualification du délit. La moralité de ce délit, la criminalité secondaire et spéciale que la loi a voulu atteindre, est donc tout entière dans cette faute dont l'homicide a été le résultat. C'est là l'élément moral du délit, la condition constitutive de son existence.

De là deux conséquences : la première, que la faute, quelle qu'elle soit, qui a causé l'homicide, doit nécessairement être constatée, soit par le jugement, lorsque le délit d'homicide involontaire a été porté devant la juridiction correctionnelle, soit par la déclaration du jury lorsque la question relative à ce délit a été posée comme résultant des débats, dans une accusation d'homicide volontaire [1].

La deuxième est que les circonstances énumérées par l'article 319 peuvent seules constituer le délit : ce sont là les seules fautes qui aient paru assez graves pour revêtir ce caractère. La loi a réellement défini, en les énumérant, la nature de la criminalité qu'elle voulait punir. La Cour de cassation a reconnu cette règle, en déclarant par plusieurs arrêts « que l'homicide involontaire, puni correctionnellement par l'article 319, est, suivant le même article, celui qui est commis ou causé par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements ; qu'à défaut du concours de l'une de ces cinq circonstances, l'homicide purement involontaire ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention, et ne donne lieu à l'application d'aucune peine [2]. »

1. V. dans ce sens Cass., 15 déc. 1825, Bull. n. 184 ; 8 déc. 1826, Bull. n 234 ; 7 juill. 1827, Bull. n. 177.

2. V. Cass., 28 juin 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 308 ; V. aussi Cass., 16 oct. 1828, Journ. du dr. crim., 1829, p. 96, et les arrêts cités *suprà*. V. aussi Cass., 26 fév. 1863, Bull. n. 67.

1410. Mais que faut-il entendre par *la maladresse*, *l'imprudence*, *la négligence*, *l'inobservation des règlements*, qui, dans le système de la loi, sont la base du délit? Ces actes n'ont point été définis; le législateur a laissé aux juges le soin de reconnaître les faits qu'il n'a fait que dénommer[1]. Il serait aussi difficile que superflu de suppléer à son silence en essayant d'abstraites définitions; nous nous bornerons à constater la valeur de chacun des termes de la loi, en parcourant diverses espèces ou ils ont été ou pourraient être appliqués. Toutefois, il ne faut pas confondre avec la faute, qui exclut l'intention, celle qui ne serait qu'une inexécution maladroite d'une intention criminelle. Un individu veut porter un coup à une personne et en atteint involontairement une autre: est-ce là une blessure, est-ce un homicide involontaire? Nullement, car l'erreur dans le choix de la victime ne constitue pas l'une des fautes prévues par l'art. 319, puisqu'elle suppose la volonté de faire une victime, la volonté de blesser ou de tuer qui exclut nécessairement l'application de cet article[2]. Il n'y a plus là une simple faute, il y a délit.

1411. La première des fautes prévues par la loi est *la maladresse*. Sous cette expression viennent se ranger deux classes de faits: les uns qui résultent d'une maladresse purement matérielle, les autres de l'impéritie ou de l'ignorance de l'agent.

Celui qui émonde des arbres, et qui, par le jet d'une branche sur la voie publique, blesse un passant[3]; le maçon qui laisse tomber une pierre qu'il tenait dans ses mains, l'architecte dont l'échafaud mal attaché s'est écroulé[4], rentrent dans

1. * * Jugé que les déclarations des juges du fond sur les faits sont souveraines; mais que leur appréciation sur le caractère légal desdits faits tombe sous le contrôle de la Cour de cassation (Cass., 12 novembre 1875; Bull. n. 312. Comp. toutefois Cass., 25 février 1886; Bull. n. 70).

2. Cass., 8 arvril 1853, Bull. n. 128; 8 déc. 1853, Bull. n. 575.

3. Si putator ex arbore dejecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si propè viam publicam, culpæ reus est. (Instit., de lege Aquilià, § 5).

4. Julius Clarus, § Homicidium, num. 4; Farinacius, quæst. 87, num. 45.

la première classe ; on peut y placer aussi cet exemple allégué par les docteurs, d'une pierre maladroitement lancée sur un chien, et qui frappe et tue une personne qui passait. Mais faut-il distinguer, avec ces auteurs, si la pierre avait été ou non lancée dans le cas de légitime défense, *ad sui necessariam defensionem*, pour ne voir d'homicide répréhensible, *homicidium culposum*, que dans le premier cas[1] ? Nous ne le pensons pas : si le jet de la pierre n'était pas nécessaire, l'agent est coupable à la fois d'imprudence et de maladresse ; si en la jetant, au contraire, il ne faisait que se défendre, la nécessité de cette défense ne fait pas disparaître sa maladresse ; dans cette dernière hypothèse, la faute est sans doute moins grave, mais elle existe ; elle rentre évidemment dans les termes de la loi, l'agent est responsable.

1412. Les faits de la maladresse qui résultent, pour ainsi dire, d'une cause morale, sont ceux qui prennent leur source dans l'ignorance ou l'impéritie de leur auteur : « Il faut mettre au nombre des dommages causés par des fautes, dit Domat, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses que l'on doit savoir. Ainsi, lorsqu'un artisan, pour ne pas savoir ce qui est de sa profession, fait une faute qui cause quelque dommage, il en sera tenu[2]. »

Cette règle s'appliquerait au charpentier qui aurait mis des étais trop faibles et aurait ainsi entraîné par sa faute la chute de l'édifice, lorsque cette chute a occasionné la mort d'une ou de plusieurs personnes : cet homicide est le résultat immédiat d'un fait qui lui est imputable et qui constitue une faute ; les termes de la loi devraient s'y appliquer.

Elle s'appliquerait encore à l'architecte ou à l'entrepreneur qui aurait élevé un édifice dont la chute, occasionnée par un vice de construction, aurait tué ou blessé quelques personnes ; l'art. 1792 du Code civil prononce dans ce cas une res-

1. Farinacius, quæst. 126, num. 17 ; Mascardus, de probationibus, l. 2, concl. 864, num. 4 ; Menochius, casu 314, num. 4 ; Julius Clarus, § Homicidium, n. 4.

2. Lois civ., l. 2, sect. 4, n. 5.

ponsabilité civile pendant dix ans, si l'écroulement provient en tout ou partie du vice de la construction, même du vice du sol : la raison en est que le constructeur doit connaître les règles de son art et les mettre en pratique de manière à prévenir cette chute ; or, si son impéritie, lorsqu'il n'en est résulté aucune lésion corporelle pour les personnes, l'oblige à la réparation du dommage, comment cette faute ainsi reconnue par la loi ne deviendrait-elle pas l'élément d'un délit d'homicide involontaire, lorsqu'elle a produit un homicide? Jousse, qui cite cet exemple, n'a pas non plus hésité à le ranger dans cette classe de délits [1].

1413. Cette solution a été consacrée par deux arrêts. Un jugement, frappé de pourvoi, avait appliqué l'art. 319 à un architecte, en déclarant qu'il avait fourni des matériaux défectueux, et que la mauvaise qualité de ces matériaux était devenue l'une des causes occasionnelles de la mort d'un ouvrier. Le pourvoi a été rejeté : « attendu que cette appréciation souveraine du juge du fait échappe à toute censure, qu'elle établit à la charge du prévenu un fait direct et personnel de négligence et d'imprudence ; que le jugement, dès lors, en prononçant contre lui une condamnation à l'amende et des dommages-intérêts, en vertu de l'art. 319 et de l'art. 1382, a fait une juste application des dispositions de la loi [2]. » Dans une deuxième espèce, le pourvoi formé par un entrepreneur de travaux a également été rejeté : « attendu que l'arrêt attaqué déclare en fait qu'il résultait de l'instruction et des débats à la charge de Caillot que c'était par le fait de son imprudence et de sa négligence qu'un ouvrier du chemin de fer avait trouvé la mort au milieu des travaux dont le demandeur était l'entrepreneur ; que la preuve de sa culpabilité résulte, selon l'arrêt attaqué, 1° de l'absence de cet entrepre-

1. Traité des mat. crim., t. 3, p. 523. — Il est à remarquer, toutefois, que Jousse cite à tort, à l'appui de son opinion, Julius Clarus et Farinacius : ces deux auteurs se bornent à parler du cas de la chute d'un échafaud mal attaché, et le cas est fort distinct. — * * *Adde* Cass., 25 novembre 1875 ; Bull. n. 328 ; — 30 juin 1882 ; Bull. n. 160.

2. Cass., 21 nov. 1856, Bull. n. 362.

neur au moment de ces travaux, où il devait au moins être représenté par un individu agréé par l'administration; 2° de ce qu'il n'avait pas fait ces travaux selon les règles de l'art; que l'arrêt constate en outre que les plans de ces travaux n'avaient pas été faits par l'administration; que de ces faits, ainsi constatés, il résulte que l'arrêt attaqué a pu, comme il l'a fait, faire résulter le délit imputable à l'entrepreneur, et qu'il lui a fait légalement l'application des peines de l'art. 319[1]. »

Il a été encore jugé : 1° que l'impéritie peut résulter, dans un service de bateaux à vapeur, non-seulement de l'inobservation des règlements, mais de l'omission des précautions qui étaient commandées par la nature des choses[2]; 2° que les art. 319 et 320 n'exigent pas que la cause de l'homicide soit directe et immédiate ; qu'ainsi l'architecte, auteur d'un plan dont les vices ont amené l'écroulement de la construction, ne peut rejeter la responsabilité ni sur l'entrepreneur qui l'a exécuté, ni sur l'autorité supérieure qui l'a approuvé[3]; 3° que, néanmoins, la responsabilité peut peser à la fois et sur l'architecte et sur l'entrepreneur, lorsque l'écroulement provient d'une mesure imprudente d'exécution faite en présence du premier, par les ordres du second[4].

1414. On doit donc noter ici un point important. Les prévenus d'homicide involontaire allèguent souvent pour leur défense que les victimes doivent s'imputer des faits de témérité et d'inattention qui ont été l'une des causes de l'événement. La Cour de cassation n'a point admis une telle excuse. Un maître couvreur soutenait qu'il n'était pas responsable de la chute d'un échafaudage, qui avait été la cause des blessures

1. Cass., 22 nov. 1856, Bull. n. 364.
2. Cass., 13 janv. 1865, Bull. n. 11.
3. Cass., 3 mars 1867, Bull. n. 56. — ** Jugé, dans le même sens, que la responsabilité pénale édictée à l'égard des aiguilleurs pour les faits de leur service par les règlements sur les chemins de fer n'exclut pas la responsabilité qui incombe au chef de gare, en vertu des mêmes règlements, lorsque les accidents causés par la négligence des aiguilleurs auraient pu être prévenus par la surveillance constante qu'il est tenu d'exercer sur tous les services (Cass., 26 juill. 1872; Bull. n. 191).
4. Cass., 13 déc. 1867, Bull. n. 255.

de son ouvrier, parce que c'était celui-ci qui avait construit l'échafaudage. Il a été répondu que les art. 319 et 320 n'exigent pas que le blessé n'ait eu lui-même aucune part d'imprudence; que le maître couvreur ayant chargé son ouvrier de couvrir en zinc une corniche, travail qui devait s'exécuter à l'échelle, n'avait mis aucune échelle à sa disposition, ce qui avait contraint celui-ci à recourir à l'emploi d'un échafaudage défectueux, et que cette négligence, cause de l'accident, était imputable à l'entrepreneur[1]. Dans une autre espèce, l'ouvrier victime de l'accident avait commis une imprudence en s'introduisant la nuit, sans y être appelé par son service, dans l'usine où avait éclaté la chaudière qui avait causé sa mort. Le pourvoi a été rejeté: « attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que ce déplorable événement a été produit par la mauvaise confection de la chaudière: qu'en se servant de ce vaisseau, malgré les vices qui en rendaient l'usage périlleux, le demandeur a commis une imprudence et a assumé sur lui la responsabilité de tous les accidents qui pouvaient s'ensuivre; que l'art. 319 n'exige pas que la victime n'ait eu aucune part d'imprudence[2]. »

1415. Il importe, toutefois, de remarquer que, dans toutes les espèces qui précèdent, le fait de la maladresse ou de l'impéritie était formellement constaté; car il ne faudrait pas considérer comme une faute la simple omission d'une mesure qui n'était commandée ni par les règlements, ni par l'exercice habituel d'une fonction quelconque. Un arrêt avait appliqué l'article 319, en déclarant que le prévenu, chef de gare, était légalement coupable, soit de négligence, en ne provoquant pas de la part de son administration l'établissement d'une nouvelle mesure de précaution; soit d'imprudence, en se chargeant d'un service qu'il ne pouvait faire sans cette mesure. Cet arrêt a été cassé à notre rapport: « attendu qu'il ne suffit pas, pour qu'il y ait faute dans le sens de la loi pé-

1. Cass., 16 juin 1864, Bull. n. 155.

2. Cass., 4 nov. 1865, Bull. n. 192. — * * *Adde* Cass., 22 février 1883; Bull. n. 55; — 29 février 1884; Bull. n. 60.

nale, que le prévenu ait omis de prendre des mesures qui pouvaient prévenir l'événement, lorsque ces mesures ne lui étaient prescrites par aucune loi et par aucun règlement, ou qu'il ait accepté une fonction de surveillance qui, dans les conditions où elle s'exerçait, était inefficace ; qu'il est nécessaire qu'un acte positif de maladresse, d'imprudence, de négligence, d'inattention ou d'inobservation des règlements lui soit imputé, et qu'on ne saurait considérer comme un tel acte le défaut d'une précaution qu'aucun ordre ne prescrivait, ou la seule occupation d'une fonction qui d'ailleurs aurait été exactement remplie [1]. »

1416. Enfin, cette règle doit s'appliquer encore aux médecins qui, par leur impéritie et l'ignorance des règles de leur art, ont été la cause d'un homicide ou de blessures graves. La loi romaine punissait le médecin lorsque le décès du malade avait été le résultat d'une faute grave de sa part : *quod per imperitiam commisit medicus, imputari ei debet* [2]. La loi Aquilia avait étendu cette responsabilité aux soins donnés aux esclaves : le médecin qui avait commencé à soigner et avait abandonné le malade ou qui avait causé sa mort par des remèdes donnés mal à propos en était responsable : *Si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus et ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.... et si medicus servum tuum occiderit quia malè eum secuerit aut perperam ei medicamentum dederit* [3]. La raison est que l'impéritie est une lourde faute dans celui qui fait profession d'un art, *quia unusquisque peritiam in arte suâ præstare debet* [4].

Montesquieu, après avoir rappelé ces lois, qui toutefois ne condamnaient le médecin ni à la déportation ni à la mort, comme il l'a prétendu, ajoute : « Les lois de Rome n'avaient point été faites dans les mêmes circonstances que les nôtres : à Rome s'ingérait de la médecine qui voulait ; mais, parmi

1. Cass., 26 fév. 1863, Bull. n. 67.
2. L. 6, § 7, Dig. de officio præsidis.
3. Inst. de lege Aquiliâ, § 6 et 7 ; l. 7 et 8, Dig. ad legem Aquiliam.
4. L. 13, Dig. de regulis juris.

nous, les médecins sont obligés de faire des études et de prendre certains grades, ils sont donc censés connaître leur art [1]. » Tout ce qui résulte de cette observation, ainsi que l'a remarqué M. le procureur genéral Dupin dans l'un de ses réquisitoires, c'est une présomption en faveur des médecins : « Mais cette présomption peut être détruite par des faits, tout est dans la preuve [2]. » Et, en effet, l'ancienne jurisprudence présente plusieurs exemples de condamnations prononcées contre des médecins pour cause d'impéritie [3]. Quelques doutes se sont seulement élevés sur le point de savoir si les condamnations avaient été prononcées par la voie criminelle ; mais Jousse semble les dissiper entièrement : « Si le médecin ou l'apothicaire, dit-il, par une simple négligence ou inhabileté, avait causé la mort à quelqu'un par ses remèdes, et qu'il fût prouvé par des experts qu'il en a fait un usage inconsidéré et téméraire, *il doit être puni arbitrairement*, suivant les circonstances, et, *en outre*, être condamné à des dommages-intérêts envers la personne blessée ou envers les héritiers du défunt [4]. » Telle est aussi la décision de Farinacius [5]. Damhouderius pose le même principe : *In his omnibus casibus in quibus medicus aut chirurgicus peccat culpâ latâ puniendus est, non ex aliquo senatusconsulto, sed pœna aliquâ mitiori et pecuniariâ, aut certè extraordinariâ ad arbitrium ipsius judicis* [6].

1417. Nous ne voyons aucun motif pour ne pas appliquer

1. Esprit des lois, l. 29, ch. 14, § 2. — La loi Dig. ad legem Corneliam de sicariis, citée par Montesquieu, ne s'appliquait aux médecins que lorsqu'ils avaient agi par dol : cet auteur confond ainsi dans le même alinéa deux faits distincts : l'homicide volontaire dans la loi romaine, et l'homicide involontaire dans la loi française. — V. Damhouderius, cap. 77, num. 23.

2. Réquisitoire dans l'affaire Thouret-Morvy (Cass., 18 juin 1835) ; réq. de M. Dupin, t. 3, p. 263.

3. Papon, Recueil d'arrêts, liv. 23, tit. 8 ; Brillon, Diction. des arrêts, vº Chirurgien ; Denizart et Ferrière, vº Chirurgien.

4. Tome 3, p. 525.

5. Quæst. 87, n. 45.

6. Praxis crim., cap. 77, num. 28.

encore cette règle de responsabilité pénale, et pour ne pas étendre les dispositions des articles 319 et 320 aux hommes de l'art, qui, par leur maladresse et leur impéritie, ont été la cause d'un accident grave. Ces articles embrassent en effet, dans la généralité de leurs termes, aussi bien les hommes de l'art que tout autre individu qui fait accidentellement des blessures ou commet un homicide involontaire. Pour admettre une exception, il faudrait que la loi l'eût faite : or elle n'existe nulle part, et l'on a vainement essayé de la voir dans la loi du 19 ventôse an XI, relative à l'exercice de la médecine. L'article 29 de cette loi enjoint à l'officier de santé, lorsqu'il est dans le cas de pratiquer de grandes opérations chirurgicales, d'appeler un docteur en médecine, s'il en réside un sur les lieux ; et, en cas d'accidents graves survenus à la suite d'une opération exécutée hors de cette inspection, cet article ajoute qu'il pourra être *condamné à une indemnité.* On a prétendu d'abord que cet article créait une exception à l'article 319 ; mais il n'est question ici que d'accidents graves et non de la mort du malade ; la loi spéciale prévoit le cas où l'homme de l'art ne s'est pas conformé aux règles de sa profession, et non celui où il a commis une maladresse ; enfin, elle n'exclut nullement l'application d'une peine, dès que la faute commise par l'officier de santé rentre dans les termes de la loi pénale. On a prétendu ensuite que, puisque la loi déclare l'officier de santé responsable et n'étend pas cette disposition au docteur en médecine, et que ce dernier, par sa seule surveillance, couvre la responsabilité de l'officier de santé, il est lui-même irresponsable. Cette conclusion n'est pas exacte. La loi ne dit point que le docteur en médecine est dispensé de répondre des faits de maladresse ou d'ignorance qui peuvent lui être imputés ; elle dit seulement que l'officier de santé sera soumis à un recours en indemnité, à raison des accidents graves survenus à la suite d'une opération qu'il avait pratiquée hors de l'inspection d'un docteur : de là cette seule différence que le docteur n'est responsable qu'à raison des fautes graves qu'il commet dans l'exercice

de son art, tandis que, à l'égard de l'officier de santé, le seul fait de n'avoir pas réclamé l'assistance d'un docteur est une négligence suffisante pour entraîner sa responsabilité dès que l'opération a été suivie d'accidents graves, et il n'est besoin d'alléguer, pour motiver l'application de l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI, aucune autre faute contre l'exercice de la médecine.

Une seule objection sérieuse a été faite contre l'application des articles 319 et 320. Comment apprécier avec justesse si le médecin, dans telle circonstance, s'est conformé aux règles de son art, ou s'il s'en est imprudemment écarté? Les tribunaux seront-ils appelés à juger les méthodes et les systèmes qui partagent la science, à blâmer ce que l'homme de l'art a fait, à décider ce qu'il aurait dû faire? Il est évident que les tribunaux n'ont point à s'immiscer dans les querelles de la science; leur mission se borne à constater, en matière criminelle, si l'homicide ou les blessures sont le résultat d'un fait d'imprudence, de maladresse ou de négligence. Or cette mission deviendra plus facile, si l'action répressive n'est mise en mouvement que dans le seul cas où l'acte de maladresse ou d'impéritie est évident, par exemple dans le cas où le médecin a ordonné une drogue pour une autre, ou s'est trompé sur la dose du médicament; la difficulté de cette appréciation sera moins grande encore dans le cas d'une opération chirurgicale dans laquelle la maladresse de l'opérateur peut être aisément constatée. Mais, au surplus, si les obstacles que fait naître l'appréciation du fait étaient un motif suffisant pour rejeter l'action répressive, le même motif devrait faire repousser l'action en dommages-intérêts, qui repose évidemment sur les mêmes preuves; et cependant cette action, qui a sa base incontestable dans les art. 1382 et 1383 du Code civil, est consacrée, ainsi qu'on l'a vu plus haut, par la loi même qui s'est occupée spécialement de l'exercice de la médecine. La seule conséquence qu'il faille tirer de ces difficultés de la matière, c'est que les poursuites de cette nature ne doivent être exercées qu'avec une extrême circonspection, et dans le cas seulement où le fait de maladresse est notoire. Mais, restreint dans ces limites, il nous

semble hors de doute que le principe de la responsabilité pénale doit être appliqué aux hommes de l'art dans l'exercice même de leur profession.

1418. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence s'est constamment prononcée. La chambre criminelle de la Cour de cassation n'a été saisie qu'une seule fois de cette question : une sage-femme avait été condamnée, en vertu de l'art. 319, pour n'avoir pas appelé un médecin pour l'assister dans un accouchement laborieux, dans lequel la mère et l'enfant avaient succombé. On objectait à l'appui du pourvoi: 1° que l'art. 33 de la loi du 19 ventôse an XI, qui veut que les sages-femmes ne puissent employer des instruments dans les accouchements laborieux sans appeler un docteur, ne soumet pas les sages-femmes qui enfreignent cette règle à l'indemnité que l'art. 29 de la même loi porte contre les officiers de santé dans un cas analogue ; 2° qu'il est impossible de constater avec précision la maladresse du chirurgien ou de la sage-femme qui pratique une opération. Mais le rejet a été prononcé, « attendu que, dans l'état des faits, la condamnation de la réclamante aux peines prononcées est une juste application de l'art. 319 [1]. » Les Cours « d'appel » ont suivi cette doctrine. La Cour d'Angers a jugé « que le médecin qui, par défaut de précaution, occasionne une blessure grave qui entraîne la perte d'un membre, encourt l'application de l'article 320 [2]. » La Cour de Paris a déclaré dans le cas d'une opération qui avait estropié le malade : « qu'un officier de santé ne peut, aux termes des art. 24 et 29 de la loi du 19 ventôse an XI, exercer sa profession qu'aux conditions suivantes : 1° qu'il se soit fait inscrire sur la liste publiée tous les ans ; 2° que, dans le cas où il y aurait lieu de pratiquer une grande opération, il ne pourra le faire hors de la présence d'un docteur ; d'où il suit que, si des accidents graves ont lieu, des poursuites pourront être dirigées contre l'officier de santé qui s'en est rendu coupable ; que cette loi se réfère formellement à la loi générale ; que, d'après le droit

1. Cass., 18 sept. 1817, S.-V. 5.373.

2. Angers, 1er août 1833, S.-V.33.2.364.

commun, l'officier de santé qui a négligé de remplir ses devoirs se rend coupable d'un délit qui est celui de blessures graves prévu par les art. 319 et 320[1]. » La Cour de Besançon a appliqué la même régle à un cas analogue : « attendu que les termes de l'art. 319, par leur généralité, s'appliquent à toutes personnes, quels que soient leur art et leur profession, et par conséquent au médecin ou à l'opérateur qui, dans l'exercice de son art, se rend coupable de faute et de négligence graves ; que la règle générale doit prévaloir là où l'exception n'est point établie ; que l'on chercherait en vain cette exception dans l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI ; que cet article, ni aucun autre de nos lois, n'absout le médecin ou l'officier de santé qui blesse ou tue par une faute lourde démontrée à sa charge ; qu'il suit seulement de ses dispositions, que, s'il est assez téméraire pour entreprendre seul une grande opération chirurgicale, il est en faute par ce fait et responsable, même sans maladresse ou faute grave, des accidents sérieux qui arrivent, et qu'auraient prévenus peut-être un concours éclairé et une opération plus parfaite ; que toutes les professions, même les plus élevées, même celles dont l'exercice est précédé d'épreuves et accompagné de diplômes, sont assujetties par la loi à une responsabilité sévère, et qu'on ne concevrait pas que l'art du médecin, si honorable et si utile, mais qui tient de si près à la vie des hommes, jouirait seul du privilége inouï d'une irresponsabilité absolue ; que les tribunaux ne sont point juges des théories, des opinions, des systèmes ; que leur action ne peut s'exercer dans cette région réservée à la science ; mais qu'elle commence là où pour tout homme de bon sens, et indépendamment des théories sujettes à discussion, il y a eu de la part du médecin faute lourde, négligence, maladresse visible, impéritie ou ignorance des choses que tout homme de l'art doit savoir, et qu'il a ainsi compromis les jours du malade ou converti son opération en une véritable blessure[2]. » Les Cours

1. Paris, 5 juill. 1833, S.-V. 33. 2. 364.

2. Besançon, 18 déc, 1844, S.-V. 45. 2. 602. — * * *Adde* Cour de Gand, 1er février 1882 ; S. 83.4.17 ; — Douai, 16 mai 1882 ; S 83.2.153.

de Rouen[1] et de Colmar[2] ont encore appliqué cette théorie. Enfin, dans une question de responsabilité, à la vérité purement civile, la chambre des requêtes a déclaré, sur un réquisitoire de M. Dupin, qui développait avec force ce système, que l'arrêt qui avait condamné le médecin à des dommages-intérêts, en se fondant sur l'abandon volontaire où il avait laissé le malade et sur le refus de lui continuer ses soins, n'avait commis aucun excès de pouvoir : « attendu que ces faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui ils sont imputables, et qu'ils sont soumis, d'après les art. 1382 et 1383 du Code civil, à l'appréciation des juges[3]. »

1419. La deuxième faute prévue par l'article 319 est l'*imprudence*. « L'homicide commis par imprudence, dit Jousse, est celui que son auteur aurait pu éviter s'il eût été prudent ou prévoyant[4]. » Les auteurs en ont cité de nombreux exemples.

Ainsi, nous avons vu que lorsqu'un barbier, rasant quelqu'un dans sa boutique, lieu destiné à cette opération, est poussé par un tiers, et blesse par un mouvement involontaire la personne qu'il rase, la blessure ou l'homicide qui en résulte est un fait purement casuel ; mais si le barbier s'est avisé d'aller raser sur la place publique, au milieu de la foule, il deviendra coupable de l'accident occasionné par son imprudence.

Ainsi, lorsqu'un soldat s'exerçant aux armes dans un lieu spécialement destiné à cet exercice tue une personne qui s'y est imprudemment engagée, il n'y a point de sa faute ; mais il devient coupable d'imprudence, s'il se livrait à cet exercice dans un lieu qui n'était pas consacré à cet usage. Telle est la décision des Institutes : *Culpæ reus est... si in alio*

1. Rouen, 4 déc. 1855, Pal. 1846. 1. 660.
2. Colmar, 6 juill. 1850, Dall. 52. 2. 197.
3. Cass., req., 18 juin 1835, S.-V. 35. 1. 410.
4. Farinacius, quæst. 126, n. 17.

loco quàm qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit [1].

Ainsi, l'homme qui tombe accidentellement du faîte d'une maison, et dans sa chute écrase quelque passant, ne peut encourir aucune responsabilité à raison d'un homicide purement casuel [2]. Néanmoins, si cet homme s'était précipité volontairement, ou même s'il était tombé par suite de son imprudence; par exemple, si, exerçant la profession de couvreur, il était monté sur un toit dans un état d'ivresse, l'homicide causé par sa chute pourrait lui être imputé, car il devait prévoir le péril dont il menaçait les autres, et s'abstenir d'un acte qui pouvait entraîner de fatales conséquences [3].

Ainsi, enfin, les mères et les nourrices qui, par leur imprudence, étouffent les enfants qu'elles nourrissent [4]; les individus qui, dans un état d'ivresse volontaire et complète, commettent un homicide ou des blessures [5]; les cochers et charretiers qui, soit par leur maladresse, soit par leur impuissance, n'ont pas su contenir leurs chevaux, et causent des accidents sur leur passage [6]; toutes ces personnes rentrent dans les termes de la loi pénale, car à chacune on peut imputer une imprudence, une faute. Ce dernier cas était prévu par les Institutes : *Culpâ tenetur... qui cùm equo veheretur impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam, retinere non potuerit* [7]. Le fait d'avoir accepté un pari par lequel un individu s'engageait à boire une quantité excessive

1 Instit. de lege Aquiliâ, § 4.

2. L. 7, Dig. ad legem Aquiliam, do sicariis.

3. Jousse, t. 3. p. 521.

4. Farinacius, quæst. 120. num. 178; Carondas, l. 7, rep. 116, cite une nourrice qui fut condamnée pour ce fait, en février 1566, à faire amende honorable devant la porte du père de l'enfant, au fouet, au bannissement, et à l'interdiction de nourrir un autre enfant.

5. V. notre tome 1er, n. 361. Pothier, Traité des obligations, part. 1re, ch. 1er, sect. 2, § 2.

6. Inst. de lege Aquiliâ, § 8. — * * Comp. Cass., 7 novembre 1873; Bull. n. 262.

7. *Ibid.*

de liqueurs alcooliques peut constituer encore un homicide par imprudence, si la mort du buveur s'en est suivie [1].

1420. Le troisième cas prévu par l'art. 319 est la *négligence* et l'*inattention*. Cette faute consiste dans l'omission ou l'oubli d'une précaution commandée par la prudence, et dont l'observation eût prévenu l'homicide ou les blessures; les auteurs citent pour exemple le maçon ou le couvreur qui laisserait tomber des pierres ou des tuiles dont la chute aurait tué ou blessé quelque passant, sans avoir pris la double précaution d'attacher un signal pour avertir du danger, et de crier aux passants de prendre garde à eux [2]. La même décision serait applicable au propriétaire qui n'aurait pas éclairé des matériaux déposés devant sa porte, ou l'excavation qu'il a fait creuser sur la voie publique; aux personnes qui ont laissé divaguer des fous ou furieux dont elles ont la garde, ou des animaux malfaisants ou féroces [3]; aux conducteurs de voitures qui ne se sont pas tenus constamment à la portée de leurs chevaux, lorsque chacun de ces faits de négligence a eu pour résultat un homicide ou des blessures [4].

1421. Faut-il ajouter à ces hypothèses la négligence de l'hôtelier qui laisse mourir sans secours un de ses hôtes pris subitement de maladie? Cette question, délicate à l'égard de l'homme privé qui, en refusant de secourir un malade sur la voie publique, ne viole que le devoir de l'humanité [5], prend

1. Arr. Rouen, 10 mai 1860, S.-V.61.2.223.

2. Inst. de lege Aquiliâ, § 5. L. 51, Dig. ad leg. Aquil.; Farinacius, quæst. 126, num. 23. Quelques auteurs pensaient que l'accomplissement d'une seule de ces conditions suffisait pour garantir le couvreur.

3. * * Comp. Alger, 24 janv. 1879; S.81.2.152;—Bordeaux, 19 août 1880; S.81.2.3.

4. * * Jugé encore que l'art. 319 est applicable au pilote qui, par ignorance ou imprudence, a perdu ou échoué le bâtiment qu'il s'était chargé de conduire, lorsqu'il y a eu mort d'homme. L'art. 40 de la loi de 1790 et l'art. 31 du décret du 12 décembre 1806 ne prévoient que le fait simple de la perte ou de l'échouement par négligence ou ignorance, et non le cas où un homicide ou des blessures en ont été la conséquence (Cass., 30 déc. 1876; Bull. n. 266.

5. Cass., 17 juin 1853, Bull. n. 215.

un caractère particulier vis-à-vis de l'aubergiste, qui contracte à l'égard de ses hôtes un devoir plus étroit. La Cour de Lyon avait fait application de l'art. 319 à un aubergiste, en déclarant « que la femme Gaytte, après avoir reçu dans son auberge la femme Thiollière, avait refusé de lui accorder, dans l'état de maladie grave où elle se trouvait, le lit et les bons soins que sollicitait pour elle la pitié des étrangers ; qu'elle aurait même empêché sa domestique de porter des secours à cette malheureuse femme, qui, par suite de ce complet abandon, succomba victime d'une congestion cérébrale ; d'où il suit que c'est par sa négligence et une coupable inattention que la prévenue a occasionné la mort de la femme Thiollière. » Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté : « attendu que, lorsqu'une personne malade a été admise dans une auberge, le maître de l'auberge est tenu, soit par lui-même, soit par ses domestiques, de lui donner tous les soins naturels et indispensables que comporte son état ; que c'est là un principe d'humanité qui dérive des obligations que l'aubergiste contracte envers le voyageur auquel il doit assistance et protection ; que de sa part un refus absolu de soins, lorsque ce refus est suivi de la mort de la personne qui avait droit de les réclamer, doit lui faire encourir, non-seulement la responsabilité résultant de l'art. 1382 du Code civil, mais encore toutes les conséquences résultant de l'article 319[1]. »

1422. La dernière faute énumérée par la loi est l'*inobservation des règlements*[2].

La sage-femme qui, dans un accouchement laborieux, néglige d'appeler le secours d'un médecin, rentre dans les termes de cette disposition, en cas de mort de la mère ou de l'enfant. En effet, l'art 33 de la loi du 19 ventôse an XI porte textuellement que « les sages-femmes ne pourront

1. Cass., 7 janv. 1859, Bull. n. 5.

2. * * Il va de soi que le prévenu de blessures involontaires ne peut être relaxé par le motif qu'il n'aurait pas commis avec intention l'inobservation des règlements qui lui est imputée (Cass., 22 février 1883 ; Bull. n. 55).

employer les instruments hors le cas d'accouchement laborieux, sans appeler un docteur, un médecin ou un chirurgien anciennement reçu. » Le seul fait de cette omission ne constitue qu'une simple contravention aux règlements de sa profession, s'il n'en est résulté aucun accident grave. Mais, si cette omission a eu pour résultat un homicide, l'application de la loi pénale est évidente : il y a eu inobservation des règlements, et homicide par cette cause. Cette décision se trouve confirmée par un arrêt de la Cour de cassation. (Voy. *suprà*, nº 1417.) Cette solution serait également applicable à l'officier de santé qui a procédé à une opération difficile, sans être assisté d'un docteur, dans les lieux où il en résidait un, lorsque des accidents graves sont résultés de cette opération. (*Voy*. nº 1417).

C'est par l'application de la même règle que la Cour supérieure de Bruxelles a décidé que celui qui vend des comestibles gâtés, corrompus ou nuisibles, en contravention aux règlements de police, peut être condamné pour homicide involontaire, si ces comestibles ont causé la mort de ceux qui les ont mangés [1]. Il en serait de même, ainsi que nous l'avons dit dans le chapitre précédent, des boissons falsifiées, dont la vente aurait occasionné la mort de celui qui en aurait fait usage.

1423. On trouve une autre application de cette disposition dans le décret du 3 janvier 1813, contenant des dispositions de police relatives à l'exploitation des mines. L'art. 22 de ce décret est ainsi conçu : « En cas d'accidents qui auraient occasionné la perte ou la mutilation d'un ou de plusieurs ouvriers, faute de s'être conformés à ce qui est prescrit par le présent règlement, les exploitants, propriétaires et directeurs, pourront être traduits devant les tribunaux, pour l'application, s'il y a lieu, des dispositions des art. 319 et 320 du Code pénal. »

Il y a lieu de remarquer que cette disposition ne déroge point à l'art. 319, dont elle laisse subsister les règles générales. Ainsi, dans une espèce où les prévenus avaient été ren-

1. Arr. Bruxelles, 4 nov. 1822, Dall. t. 12, p. 972.

voyés sur le chef d'inobservation des règlements et condamnés pour imprudence, le pourvoi, fondé sur cette prétendue anomalie, a été rejeté : « attendu qu'il ne résulte pas de cette constatation en point de fait que l'art. 319 soit inapplicable ; qu'il faudrait, en effet, pour qu'il en fût ainsi, que l'art. 22 du décret du 3 janvier 1813, qui prévoit les conséquences pénales de tout accident survenu aux ouvriers faute de s'être conformés aux prescriptions réglementaires, eût réduit ces conséquences à cette inobservation, en abrogeant les autres dispositions de l'art. 319 ; que, bien loin qu'il y ait eu abrogation dudit article, il ressort, tout au contraire, du texte même de cet art. 22 qu'il le maintient et s'y réfère pour laisser subsister tout ensemble les conditions de prudence spéciale et les conditions d'adresse, de prudence, d'attention, de vigilance qui sont de règle générale et de droit commun[1]. » La même solution a été appliquée dans une autre espèce où l'exploitant était prévenu, non de n'avoir pas observé les règlements, mais de n'avoir pas pris les mesures de précaution qu'indiquait la prudence[2].

1424. L'art, 19 de la loi du 15 juillet 1845, qui n'a fait qu'appliquer aux homicides et blessures involontaires survenus sur les voies ferrées les règles communes, est ainsi conçu : « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des lois ou règlements, aura involontairement causé sur un chemin de fer, ou dans les gares ou stations, un accident qui aura occasionné des blessures, sera puni de huit jours à six mois d'emprisonnement, et d'une amende de 50 à 1,000 fr. Si l'accident a occasionné la mort d'une ou plusieurs personnes, l'emprisonnement sera de six mois à cinq ans, et l'amende de 300 à 3,000 fr. » Les pénalités ont été, bien que l'art. 463 leur soit applicable, augmentées à raison des conséquences plus graves que les accidents sur les chemins de fer peuvent entraîner et du redoublement de vigilance qui doit dès lors peser comme un devoir impérieux sur les employés.

1. Cass., 20 avril 1855, Bull. n. 133.
2. Cass., 31 mars 1865, Bull. n. 79.

Il se présente quelquefois quelque incertitude sur les obligations auxquelles ils sont tenus. Dans une espèce où le prévenu, ingénieur d'un chemin de fer, soutenait avoir rempli toutes ses obligations réglementaires, le pourvoi a été rejeté : « attendu que l'arrêt attaqué constate en fait qu'il résulte des traités intervenus entre la compagnie du chemin de fer de St-Germain et la compagnie du chemin de fer de l'Ouest, que le demandeur, aux termes des traités, était tenu d'établir entre la voie et l'ancien matériel une relation telle, que la sécurité des voyageurs n'eût pas à en souffrir; que le même arrêt constate en outre que ce matériel était connu du demandeur, qui n'avait pas méconnu d'ailleurs l'obligation ci-dessus rappelée; enfin que ce même arrêt constate que le déraillement sur la voie construite par le demandeur, et qui a occasionné la mort d'un voyageur, a eu précisément pour cause directe le défaut de rapport entre cette voie et l'ancien matériel; que de tout ce qui précède il suit qu'en mettant à la charge du demandeur la responsabilité légale d'un événement résultant de faits d'inattention et de négligence ainsi relevés contre lui, l'arrêt attaqué a fait une saine application des principes de la matière[1]. »

1425. Les divers exemples que nous venons de parcourir des différentes fautes prévues par l'art. 319 seront sans doute suffisants pour faire saisir l'esprit de cet article. Il nous reste toutefois à examiner une question plutôt délicate que grave, celle de savoir si le délit d'homicide involontaire admet des complices. Il semble, à la première vue, qu'il faut répondre négativement: comment se rendre complice, par les moyens indiqués par la loi d'une inattention, d'une négligence? La complicité ne suppose-t-elle pas une sorte de connivence qui entraîne la volonté ? Si un homicide involontaire peut avoir plusieurs coauteurs, ne semble-t-il pas contradictoire qu'il soit occasionné par un auteur et des complices ? Toutefois, en examinant de plus près la matière, on aperçoit que cette proposition n'est point inadmissible. Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'une imprudence ait des complices. Un cocher, par

1. Cass., 1er fév. 1855, Bull. n. 29.

exemple, pousse ses chevaux au galop au milieu d'une foule, et il les pousse sur l'ordre et d'après les instructions de son maître dont il guide la voiture ; l'homicide causé par cette imprudence aura évidemment pour auteur le cocher, et pour complice le maître de la voiture. Dans une autre espèce, un enfant tire un coup de fusil, dans un lieu public, avec l'aide de son père, et il tue ou blesse une personne. Ici encore il est facile de reconnaître l'auteur et le complice d'un homicide involontaire. Les règles de la complicité ne reçoivent donc point d'exception dans le cas des art. 319 et 320 ; car, d'une part, ces règles sont générales, et, d'un autre côté, leur application n'éprouve point un obstacle réel. Ainsi la Cour de cassation a pu déclarer, dans un arrêt de rejet très brièvement motivé, « que rien n'implique contradiction à déclarer un accusé complice par promesses, menaces, instructions, aide ou assistance, de l'imprudence ou de la négligence qui ont occasionné un homicide involontaire [1]. »

1426. Toutes les observations qui précèdent s'appliquent, ainsi que nous l'avons plusieurs fois remarqué, à l'article 320, aussi bien qu'à l'article 319 ; il est cependant nécessaire d'insister sur ce point, quelque évident qu'il soit. L'article 320 est ainsi conçu : « S'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups, l'emprisonnement sera de six jours à deux mois, et l'amende sera de seize francs à cent francs. »

Cet article ne fait mention que du *défaut d'adresse ou de précaution*. De là plusieurs tribunaux avaient conclu que les blessures occasionnées soit par *imprudence*, soit par *inobservation des règlements*, ne pouvaient entrer dans ses termes. La Cour de cassation a décidé, au contraire, que les blessures ou coups involontaires provenant de la négligence ou de l'inobservation des règlements sont l'objet de l'art. 320, comme celles provenant du défaut d'adresse ou de précaution; que l'art. 320 a été rédigé dans le même sens que l'art. 319, et que l'un de ces articles ne diffère de l'autre que quant au genre de peines qu'ils prononcent, suivant le résultat de la

1. Cass., 8 sept. 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 320.

faute commise [1]. Cette interprétation doit évidemment être adoptée : il n'existe aucun motif qui puisse faire supposer que le législateur ait voulu restreindre dans l'article 320 les fautes qui, dans l'article 319, engagent la responsabilité de l'agent ; le délit est le même, la différence n'est que dans son résultat matériel ; les deux articles ne doivent différer que quant au taux de la peine. Si l'article 320 n'a pas reproduit l'énumération de l'article qui le précède, c'est qu'il se référait à cet article, c'est qu'il a prétendu résumer cette énumération par cette expression : *du défaut d'adresse ou de précaution.*

De là il suit que toutes les règles et les hypothèses que nous avons parcourues dans ce chapitre s'appliquent au cas où la faute, quelle qu'elle soit, a causé des blessures, aussi bien qu'à celui où elle a eu pour résultat un homicide. Il nous suffit donc de nous référer, à cet égard, à nos précédentes observations.

A ces observations nous n'en ajouterons qu'une seule. L'article 320, en mentionnant les *blessures* qui sont le résultat de la faute commise, se réfère nécessairement à toutes les lésions corporelles prévues par le chapitre précédent. On doit donc apercevoir dans ce mot non-seulement les lésions extérieures prévues par l'article 309, mais les maladies causées par l'emploi de substances nuisibles prévu par le deuxième paragraphe de l'article 317. C'est la conséquence nécessaire de l'addition de ce paragraphe. Toutes les lésions volontairement causées doivent trouver une peine dans les articles 319 et 320, lorsqu'à la volonté se substitue une simple faute incriminée par ces articles : le délit n'est pas dans le mode suivant lequel la lésion est faite, mais dans le fait d'une lésion occasionnée par une faute prévue par la loi. Du reste, l'article 320 n'a fait aucune distinction, à raison du plus ou moins de gravité des blessures qu'il punit ; la peine est la même, quelle que soit la légèreté ou l'importance de la lésion ; elle ne change que lorsque l'accident a été suivi de mort.

1. Cass., 30 mars 1812 et 20 juin 1813 (cités par Carnot, t. 2, p. 69 et 70).

CHAPITRE LII.

DE L'EXCUSE DE LA PROVOCATION.

(*Commentaire des art.* 321, 322, 323, 324, 325 *et* 326 *du Code pénal.*)

§ II. — *De la provocation résultant d'un violent outrage à la pudeur.*

§ III. — *De la provocation résultant d'une attaque faite pour pénétrer dans une maison pendant le jour.*

§ IV. — *De la provocation considérée comme excuse du meurtre de l'un des époux sur l'autre.*

1427. En exposant dans notre chapitre XV la théorie générale des causes justificatives et des excuses légales des crimes et des délits, nous avons renvoyé l'examen de plusieurs de ces excuses aux chapitres qui devaient traiter des crimes et des délits auxquels elles se rattachaient spécialement. De ce nombre sont la *provocation* et la *légitime défense*, causes d'excuse ou de justification de l'homicide volontaire et des coups ou blessures, et qui n'ont été admises par la loi qu'en ce qui concerne ces deux crimes. Il convient dès lors, et nous suivons d'ailleurs en cela l'ordre des dispositions du Code, de rechercher, après avoir tracé les caractères généraux de ces violences, l'influence de cette double cause sur leur criminalité. Nous nous occuperons en premier lieu, dans ce chapitre, de l'excuse de la *provocation*.

L'homicide et les coups et blessures, lorsqu'ils ont été précédés d'une provocation sont excusables, dans les quatre cas suivants :

1° Lorsqu'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers des personnes ;

2° Lorsqu'ils ont été provoqués par un violent outrage à la pudeur ;

3° Lorsqu'ils ont été commis en repoussant, pendant le

jour, l'escalade ou l'effraction des murs, des clôtures ou de l'entrée d'une maison ;

4° Enfin, lorsqu'ils ont été commis par l'époux sur son épouse surprise en flagrant délit d'adultère.

Ces différentes hypothèses vont faire l'objet de quatre sections distinctes.

§ Ier. — *De la provocation par coups ou violences.*

1428. La principale difficulté de cette matière est de déterminer les faits auxquels la loi a voulu attribuer le caractère d'une provocation ; elle les énonce sans les caractériser, elle admet l'excuse sans la définir.

La provocation, même lorsqu'elle se manifeste par des voies de fait et des violences, n'est, en général, qu'une injure, une insulte, un outrage ; les violences qui l'accompagnent n'en changent point le caractère, elle ne font que l'aggraver. Si elle cessait d'avoir ce caractère, elle dégénérerait nécessairement en une véritable attaque ; elle menacerait ou la vie, ou du moins la sûreté personnelle de celui qui en est l'objet, et ne serait plus alors une simple provocation ; il y aurait nécessité pour la personne attaquée de se défendre : l'homicide ne serait pas seulement excusable, il serait justifié.

C'est, en effet, de la nature de l'attaque que doit dériver la nature du droit de la défense : si la personne qui en est l'objet a de justes motifs de craindre pour sa sûreté personnelle, la loi n'a pu la priver du droit naturel de repousser la force par la force. Mais si l'attaque ne se propose qu'un outrage, si elle ne menace ni sa sûreté, ni sa vie, son droit se modifie, et les voies de fait auxquelles elle se livre elle-même trouvent encore dans cet outrage une excuse, mais non plus une cause de justification ; en effet, si la personne outragée n'écoutait que la voix de la raison, elle ne se ferait point justice elle-même, elle aurait recours à la protection des lois. Dans une société régulière, il n'est permis a personne de repousser un outrage par un outrage, une voie de fait par une voie de fait : l'individu ne doit pas se venger, il ne lui est permis que de se

défendre. C'est à la justice à réparer les injures qui ont pu l'atteindre ; c'est au pouvoir social à substituer la puissance du juge aux querelles privées, le glaive de la loi aux vengeances des citoyens.

Celui qui venge lui-même l'injure qu'il a reçue est donc coupable aux yeux de la loi comme aux yeux de la morale ; car il usurpe la puissance sociale, il demande à la force une réparation qu'il devait attendre de la justice ; il règle lui-même, dans l'élan de la passion, le taux de cette réparation ; enfin, il devient agresseur au moment où il excède la mesure des violences qui ont été exercées sur sa personne. Néanmoins sa culpabilité n'est pas la même que si son action n'avait pas été précédée d'une insulte ; car il n'a point agi avec préméditation et même avec sang-froid ; il a frappé dans l'émotion de la colère, et cette colère n'était pas dénuée de motifs : il est donc coupable, mais à un moindre degré ; l'injure ne le justifie pas, mais elle l'excuse. Or cette modification de la culpabilité, qui s'affaiblit sans cesser d'exister, atteste la règle que nous avons posée tout à l'heure, à savoir que le caractère principal de la provocation est celui d'un outrage, car la criminalité cesserait entièrement au moment où l'agent lèverait le bras, non pour se venger, mais pour se défendre.

1429. Toutefois, même pour admettre cette atténuation de la peine, on conçoit que la provocation doit avoir un caractère grave : toute injure ne serait pas suffisante pour servir d'excuse à l'agent. Cette excuse prend sa source dans l'émotion qui maîtrise ses sens et le précipite vers une action irréfléchie. Il faut donc que la provocation soit de nature à produire une vive impression sur son esprit, à jeter la perturbation dans sa pensée, et lui ôter sa liberté de réflexion. La loi civile ne reconnaît à la violence le caractère légal qu'autant qu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (art. 1112 du Cod. civ.).

Tel est aussi le principe adopté par le Code pénal. L'orateur du gouvernement s'exprimait, dans l'exposé des motifs,

en ces termes : « Le Code n'admet pas l'excuse sans une provocation violente, et d'une violence telle que le coupable n'ait pas eu, au moment même de l'action qui lui est reprochée, la liberté nécessaire pour agir avec une mûre réflexion. Sans doute il a commis une action blâmable, une action que la loi ne peut se dispenser de punir ; mais il ne peut être, aux yeux de la loi, tout à fait aussi coupable que si la provocation qui l'a entraîné n'eût pas existé. » Telle est la doctrine que l'article 321 a formulée, mais sans essayer néanmoins de définir avec précision le caractère et le degré de gravité des faits auxquels est attachée l'excuse de la provocation. Cet article est ainsi conçu : « Le meurtre, ainsi que les blessures et les coups, sont excusables s'ils ont été provoqués par des coups ou des violences graves envers les personnes [1]. » Essayons de déterminer le sens et les limites de cette disposition.

1430. Le premier élément de la provocation légale est que l'attaque dont elle se forme ait consisté en coups ou violences *physiques*. Sur ce point, la loi n'a voulu laisser aucun doute ; non-seulement elle place sur un même plan, et comme des faits semblables, les *violences* et les *coups*, mais elle exige que celles-là comme ceux-ci soient exercés *envers les personnes*.

Ainsi l'injure et l'outrage par paroles ne peuvent constituer des faits d'excuse. En général, l'injure verbale ne saurait justifier les voies de faits [2], car il n'est pas permis de repousser une injure par une voie de fait : l'injure n'excuse que l'injure ; *injuriam mihi illatam, aliâ injuriâ propulsare possum* [3] ; les voies de fait sont un excès de la défense, elles deviennent une agression ; car l'injure, quels que soient ses em-

1. * * L'art. 213 du Code pénal allemand porte : « Si le meurtrier excité à la colère par des violences ou des offenses graves exercées contre lui ou l'un des siens par la personne tuée, s'est laissé entraîner immédiatement à l'action, ou s'il y a d'autres circonstances atténuantes, la peine sera un emprisonnement de six mois au moins. »

2. L. 3, Dig. de justitiâ et jure ; L. 52, § 1, Dig. ad legem Aquiliam.

3. Farinacius, quæst. 125, n.96.

portements, ne peut être considérée comme une violence personnelle. La Cour de cassation a donc eu raison de décider : « qu'une imputation injurieuse n'est pas une violence, et encore moins une violence grave ; qu'une telle imputation n'a reçu de la loi d'autre qualification que celle de la calomnie, si elle est fausse ; que les juges ne peuvent admettre pour excuse que les faits qui sont admis comme tels par la loi, et qu'ils violent les art. 304 et 321 du Code pénal en admettant pour excuse, sur une accusation de meurtre, l'imputation d'un délit faite verbalement à l'accusé [1]. »

Cependant, si la loi a dû repousser l'injure verbale comme excuse d'un crime grave, il est impossible que le juge ne tienne pas compte, à quelque degré, de l'impression que cette injure a produite sur l'agent. Il n'est point excusable, parce qu'une simple injure n'a pu complétement altérer la liberté de son esprit ; mais l'impression qu'il a ressentie a pu néanmoins être assez vive pour que la gravité de son action en soit atténuée. L'injure devient alors non pas une excuse, mais une circonstance atténuante ; le crime ne change pas de caractère, mais la peine doit être réduite. Telle était aussi la décision des docteurs : *Licet non licitum sit percutere eum qui verbalem injuriam infert, et si quis percutiat, aut vulneret, aut occidat, puniatur, sed non pœnâ ordinariâ propter provocationem* [2].

1431. La même décision doit s'appliquer aux menaces verbales, quand elles ne sont point accompagnées de voies de fait. Mais la question devient fort grave lorsque ces menaces se produisent avec des actes matériels qui peuvent faire croire à leur exécution immédiate : supposons, par exemple, qu'un individu marche vers l'agent, armé d'une canne et le bras levé, en le menaçant de le frapper ; assurément il est difficile, nous l'avons déjà décidé au sujet du délit de rébellion, de ne pas voir dans cet acte une voie de fait, une violence, lors

1. Cass., 27 fév. 1813, Bull. n. 40.
2. Farinacius, quæst. 125, num. 98.

même que celui qui en a été l'objet n'a été ni frappé ni blessé. C'est aussi dans ce sens que la Cour de Cassation a déclaré : « que la provocation violente peut exister sans blessure effectuée, mais par la seule menace avec une arme meurtrière approchée du corps [1]. » Il y aurait même raison de décider dans le cas où l'agresseur armé d'un fusil menacerait de faire feu sur celui à qui il défendrait de passer [2]. En effet, le caractère principal de la provocation légale est, suivant l'expression du législateur, qu'elle ait été de nature à troubler la liberté d'esprit nécessaire pour agir avec une mûre réflexion; or, quel acte plus capable de faire une vive impression que la menace d'un coup accompagné d'un geste qui semble le porter? Les anciens auteurs, si habiles à discerner les nuances de la criminalité des actions, n'hésitaient pas à déclarer l'homicide excusable, toutes les fois que la menace avait paru prête à s'effectuer: *Dummodo minans sit in actu vulnerandi vel occidendi, vel quando periculum est in expectatione et appareat in minante aliqua signa offendi* [3]. On trouve une application de cette règle dans l'espéce suivante : un individu, trouvé en flagrant délit de chasse, avait tué l'un des gendarmes qui le poursuivaient, et, mis en accusation pour meurtre, il prétendait faire résulter la provocation de ce qu'il avait été mis en joue par ce gendarme qui lui avait crié : « Bas les armes, ou tu es mort ! » La Cour d'assises avait déclaré que ces menaces adressées à un individu en délit de chasse et en état de rébellion ne constituaient pas l'excuse de la provocation. Le pourvoi a été rejeté : « attendu que si la menace de mort peut, dans de certains cas, être considérée comme une violence grave envers la personne qui en est l'objet, il n'en saurait être ainsi alors que, adressée à un délinquant,

1. Cass., 15 mess. an XIII, Devill. et Car., 2, p. 134; J. P., t. 4, p. 630. — * * Jugé dans le même sens que des menaces de mort accompagnées d'une poursuite, le couteau à la main, constituent les violences graves qui rendent le meurtre excusable (Cass., 23 déc. 1880, Bull. n. 240).

2. V. *infrà* notre chapitre 43, pour les cas de légitime défense.

3. Farinacius, quæst. 125, n. 70.

elle n'a pour but que de lui faire déposer l'arme dont il annonce l'intention de faire usage [1]. »

1432. L'art. 321 veut que les coups et les violences aient été *exercés envers les personnes*. Ces expressions, qui, nous l'avons déjà dit, indiquent la nature physique des violences que la loi avait en vue, servent à caractériser ces violences, et deviennent dès lors l'un des éléments de l'excuse. Il en résulte d'abord que toute violence, même physique, qui n'a pas été commise sur les personnes elles-mêmes, n'est pas constitutive de l'excuse ; ainsi la Cour de cassation a dû juger que des coups donnés à des animaux ne pouvaient excuser les blessures faites par le propriétaire de ces animaux [2]. Une autre conséquence de la même règle est que l'excuse n'est pas admissible, s'il n'est pas *déclaré* que les violences ont été commises *envers des personnes*. Ce point a encore été reconnu par la Cour de cassation : « attendu qu'après avoir déclaré l'accusé coupable de la tentative de meurtre dont il était prévenu, la Cour de Florence l'a déclaré excusable, et s'est bornée à en donner pour motif qu'il avait été excité par des violences *graves précédentes* ; qu'une telle déclaration, de laquelle il ne résulte que des faits insignifiants, puisqu'elle laisse ignorer si ce sont des personnes qui ont été l'objet des violences exercées, et si, conséquemment, la provocation présentait le caractère déterminé par l'art. 321, n'a pu servir de base légale à la commutation de la peine [3]. »

On peut déduire encore des mêmes termes une autre conséquence. La loi n'exige point, en effet, que les coups aient été portés ou les violences faites à la personne même qui s'est rendue coupable de l'homicide ou des blessures, il suffit que ces violences aient été exercées *envers des personnes*. Ainsi la provocation subsiste non moins puissante, l'excuse non moins efficace, lorsque les coups ou violences sont portés, non sur l'agent lui-même, mais sur un tiers. Cette déci-

1. Cass., 25 avril 1837, Bull. n. 170.
2. Cass., 7 fév. 1814, J. P.10.106. — * * Comp. Cass., 22 juill. 1882 ; Bull. n. 185.
3. Même arrêt.

sion se fonde sur une saine intelligence du cœur humain. Supposons, d'abord, que les violences aient été exercées sur le père, sur le fils, sur la femme de l'agent ; l'injure seraitelle moins grave que si lui-même en avait été l'objet ? N'est-ce pas le cas de répéter cette maxime : *Injuria uni facta, alteri facta censetur ?* Sera-t-il plus maître de ses sens, son ressentiment n'éclatera-t-il pas au même degré ? Les docteurs à cet égard n'avaient conçu aucun doute ; ils étendaient l'excuse à tous les faits provoqués par une attaque envers un parent, un ami, un voisin[1] ; il leur semblait que, dans ce cas, l'auteur de l'homicide ou des blessures n'avait fait que céder à un sentiment irrésistible et presque à un devoir. Nous n'hésitons point à adopter cette opinion. Souvent l'outrage exercé envers une personne que nous affectionnons nous est plus sensible que s'il était dirigé contre nous : nous pouvons trouver en nous-mêmes la force de dédaigner une insulte ; nous croirions commettre une lâcheté en laissant insulter l'être qui nous est cher ; son danger nous semble réel ; le venger, c'est à nos yeux voler à sa défense.

1433. La solution doit-elle se modifier lorsque l'agent, témoin des violences exercées envers un tiers qui lui est inconnu, s'est révolté de ces mauvais traitements, et, dans l'élan de son indignation, a blessé ou tué leur auteur ? La décision des docteurs était la même : ils regardaient que les actes qui avaient eu pour but de défendre un homme injustement opprimé, quel que fût cet homme, étaient avoués par l'humanité et ne pouvaient constituer des crimes : *Cuivis homini jura permittunt defendere ac citra crimen omne protegere confratrem suum, etiam ignotissimum, ab altero graviter oppressum*[2]. Le Digeste en donnait pour raison que la nature a établi entre les hommes une sorte de parenté, *cùm inter nos cognationem quamdam natura constituerit*[3].

1. Farinacius, quæst. 125, num. 289 et seq., Damhouderius, cap 80, num. 1 et seq. ; Bartole, in l. 3 au Dig. de justitiâ et jure.
2. Damhouderius, Praxis crim., cap. 80, n. 1 ; Farinacius, quæst. 125, n. 287.
3. L. 3, Dig. de justitiâ et jure.

La véritable raison se puise dans la nature même de l'excuse. La loi n'a atténué les peines, en cas de provocation, que parce que la criminalité de l'agent se modifie. Or cette modification de la criminalité n'existe-t-elle pas quand l'agent n'a commis le crime que pour repousser l'injuste agression dont un tiers était l'objet? Cette agression dont il a été le témoin n'a-t-elle pas été une légitime provocation à le défendre ? La loi aurait-elle prétendu imposer à chaque citoyen le rôle égoïste de spectateur impassible des outrages adressés à un autre homme ? Comment distinguer si cet homme vous appartient par quelque lien, ou s'il vous est inconnu? Qu'importe que vous ayez été entraîné par l'affection ou par un sentiment d'humanité ? Ce que la loi veut pour admettre l'excuse, c'est une juste cause de trouble chez l'agent, c'est que ce trouble prenne sa source dans des violences commises *sur des personnes*; elle n'a point exigé que ces personnes fussent ou l'agent lui-même ou sa famille, ou ses amis; elle n'a fait aucune distinction, et son texte interdit d'en faire. La provocation peut donc en général résulter des violences exercées soit sur l'auteur même du crime, soit sur des personnes de sa famille, soit sur des tiers qui lui sont étrangers. Toutes les fois qu'il est prouvé que ces violences ont pu exciter spontanément sa colère, et qu'aucun autre motif ne l'animait, son action change de nature, et la provocation voile en partie sa criminalité.

1434. Le deuxième élément de cette excuse dérive du plus ou du moins de gravité des coups ou des violences. Le degré de cette intensité n'est point déterminé par la loi ; elle se contente d'exiger que ces violences soient *graves*. M. Faure a expliqué cette expression dans l'exposé des motifs du Code, dans les termes suivants : « Le Code n'admet point l'excuse sans une provocation violente et d'une violence telle, que le coupable n'ait pas eu, au moment même de l'action qui lui est reprochée, toute la liberté nécessaire pour agir avec une mûre réflexion. Cette provocation, nous ne pouvons trop le redire, doit être de nature à faire la plus vive impression sur l'esprit le plus fort. » M. Monseignat, rapporteur de la commission

du Corps législatif, a senti qu'aucune règle ne pouvait être invariablement posée en cette matière : « Il est difficile de déterminer avec précision ce moyen d'excuse ; il doit varier suivant l'isolement, la position, la qualité physique ou morale du coupable de ces violences, et de la personne qui les éprouve. »

Il suit de là que la gravité des violences ne doit pas se mesurer uniquement sur leur résultat matériel, et qu'il faut considérer aussi la position de celui sur lequel elles ont été exercées, et l'influence morale qu'elles ont dû produire. Ainsi les violences sont graves quand il a dû en résulter une vive impression sur la personne qui en a été l'objet, soit à raison de son âge, soit à raison de sa faiblesse, ou de sa position sociale. La loi ne demande pas qu'elles aient causé une maladie ou des blessures, elle ne s'occupe pas de leur résultat matériel ; elle fait dépendre leur gravité du sentiment d'irritation qu'elles ont dû exciter, de la gravité de l'outrage qu'elles renfermaient.

1435. On pourrait peut-être distinguer entre les *coups* et les *violences*, et n'appliquer qu'à celles-ci la qualification qui les suit. Cette distinction, que semble d'ailleurs repousser le texte, n'aurait aucune utilité. Les coups, de même que les violences, puisent leur gravité, non-seulement dans leur intensité matérielle, mais dans l'intention qui les dirige, dans la position sociale des personnes qui en sont l'objet, dans les parties du corps qu'ils atteignent. Un soufflet est quelquefois un coup léger ; il constitue presque toujours une violence grave, car il porte avec lui l'insulte et forme la plus énergique provocation. Nous le répétons : pour apprécier la gravité de la violence, il faut apprécier la gravité de l'offense ; et pour déterminer l'influence de celle-ci, il faut se rendre compte de la position de l'agent, de son éducation, de ses habitudes, de ses préjugés, de ses passions, de la force ou de la faiblesse de son esprit, du calme ou de l'irascibilité de son caractère.

La jurisprudence offre une application rigoureuse de la règle qui vient d'être posée. Un accusé de meurtre avait

demandé que le jury fût interrogé sur le point de savoir s'il n'avait pas été provoqué *par des coups* envers sa personne, sans ajouter dans ses conclusions la qualification de *graves*. La Cour d'assises refusa de poser cette question, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « attendu que si l'art. 339 du C. d'inst. crim. porte que le président est tenu de poser la question d'excuse, cette obligation n'existe qu'autant que le fait proposé par l'accusé est admis comme tel par la loi ; que l'article 321 ne rend le meurtre et les blessures excusables qu'autant qu'ils ont été provoqués par des coups ou des violences *graves* envers les personnes ; que le législateur, en s'exprimant ainsi, a entendu parler d'une provocation, d'une violence telle que le coupable n'ait pas eu, au moment même de l'action qui lui est reprochée, toute la liberté nécessaire pour agir avec réflexion, et qu'il a voulu que cette provocation ait été de nature à faire la plus vive impression sur l'esprit le plus fort ; que c'est par ce motif que la loi n'a accordé le caractère d'excuse légale qu'aux coups ou violences graves ; d'où il suit que la qualification de *graves* s'applique aussi bien aux coups qu'aux autres violences [1].

1436. Le troisième élément de l'excuse est que la provocation soit née d'une attaque injuste ou paraissant telle ; car, lorsque l'attaque est légitime, la défense cesse de l'être : *ubi offensio est licita, ibidem defensio est illicita* [2]. Si les violences sont commandées par la loi ou par la nécessité, elles ne constituent plus une offense, elles ne forment plus une provocation qui puisse excuser l'homicide. Ainsi, lorsque des huissiers ou des gendarmes procèdent régulièrement à l'arrestation d'un malfaiteur, ou lorsque la force publique reçoit l'ordre de disperser un rassemblement séditieux, les violences qu'ils commettent ne peuvent être une excuse des violences qui sont exercées contre eux ; car ils sont dans l'exercice de leurs fonctions, et leurs actes sont légitimes, en supposant d'ailleurs que les violences qu'ils ont employées n'étaient

1. Cass., 30 juin 1839, Bull. n. 159.
2. Farinacius, quæst. 125, n. 112.

qu'un moyen nécessaire pour acccomplir la mission légale dont ils étaient chargés. Ces voies de fait, exercées au nom de la loi, ne peuvent devenir une juste cause de représailles; elles ne renferment aucun outrage personnel, elles ne sont que la manifestation de la force publique ; et quand la seule résistance aux actes dont elles assurent l'exécution serait un délit, comment pourraient-elles fonder une excuse en faveur de celui qui, non-seulement aurait résisté, mais qui se serait rendu coupable de blessures ou d'homicide sur les agents de l'autorité ? (*Voy.* n° 1431.)

1437. La question s'élève et devient plus difficile, lorsque les officiers publics, bien qu'agissant dans l'exercice de leurs fonctions, ont commis, sans nécessité et par abus de leur autorité, des violences graves ; ces violences peuvent-elles alors constituer l'excuse de la provocation vis-à-vis de celui qui, irrité de ces excès, a blessé ou tué un des agents ? Nous avons traité cette question avec tous les développements qu'elle mérite, dans le § 2 de notre chapitre 34, relatif aux violences commises envers les fonctionnaires publics ; nous ne pouvons qu'y renvoyer nos lecteurs. (*Voy.* n° 867.)

1438. Tels sont donc les trois éléments essentiels de l'excuse : il faut que la provocation résulte de coups ou de violences sur les personnes ; que ces coups ou violences soient graves, soit par leur intensité matérielle, soit par l'insulte dont ils sont l'expression ; enfin que ces violences soient le produit d'une attaque injuste ou paraissant du moins avoir ce caractère. La provocation ne constitue une excuse légale de l'homicide volontaire ou de coups et blessures, que lorsque ces trois circonstances distinctes coïncident et se trouvent réunies dans le même fait.

A côté de ces trois éléments de l'excuse, vient encore se placer une dernière circonstance qui n'est point essentielle à son existence, mais qui dérive de sa nature même : nous voulons parler de la simultanéité d'action qui doit rapprocher, en général, le fait de la provocation et le fait de l'homicide. En effet, quel est le principe de l'excuse ? Il se puise dans l'excitation, dans la colère, dans la passion que soulève

une provocation violente et qui précipite l'agent presque à son corps défendant dans le crime ; il est coupable de céder à cette passion qu'il eût dû surmonter ; mais il est excusable parce qu'il a agi sans réflexion, et sous l'empire d'un mouvement impétueux qui l'a surpris. Or, placez maintenant un intervalle entre la provocation et le crime, étendez cet intervalle assez pour que la réflexion ait pu surgir et se faire entendre ; la provocation aura-t-elle exercé la même puissance, faut-il reconnaître les mêmes effets ? Non, car l'action qui tout à l'heure aurait été commise dans un premier élan, ne le serait maintenant qu'après une sorte de délibération, et lorsque l'agent aurait repris une partie de son sang-froid ; la criminalité de l'action s'aggrave de toute la réflexion qui a pu la mûrir ; l'excuse s'affaiblit à mesure que la provocation s'éloigne.

Mais la loi, toutefois, n'a point considéré cette simultanéité des deux actes comme une circonstance essentielle pour l'admission de l'excuse ; aucun de ses termes ne le suppose ; son texte est muet ; cette circonstance n'est donc point un caractère légal de la provocation, mais elle doit servir à l'apprécier en fait. Il suffit de constater la coïncidence des deux actions dans le même espace de temps, pour que l'on doive conclure l'influence du fait provocateur, et l'espèce de fatalité qui a entraîné l'agent ; dans le cas contraire, il est nécessaire que celui-ci prouve que son émotion ne s'était point refroidie, qu'il n'avait point diverti à d'autres actes, *non deverterit ad extraneos actus*, et qu'il agissait encore sous l'empire d'une première impression [1].

1439. Néanmoins, ici encore il importe de ne pas confondre les caractères de la légitime défense et ceux de la provocation : dans le premier cas, l'homicide, qui n'est justifié que parce qu'il est un acte nécessité par la défense de soi-même, doit suivre l'attaque immédiatement, *incontinenti et non ex in-*

1. * * Jugé que l'excuse de la provocation est applicable au cas de meurtre avec préméditation ou guet-apens, comme à celui de meurtre commis sans circonstances aggravantes (Cass., 20 décembre 1883 ; Bull. n. 280).

tervallo; il faut qu'il ait eu pour objet de la repousser, *in flagranti rixâ et in ipso actu offensionis*; car, l'attaque cessée, l'homicide ne serait plus un acte de défense. Mais la provocation ne restreint pas ses effets dans d'aussi étroites limites; elle dure aussi longtemps que peut se prolonger chez un homme raisonnable la colère qu'elle a causée. Ainsi Farinacius, après avoir posé, comme nous l'avons fait plus haut, le principe que la provocation et l'homicide doivent être presque simultanés pour que ce dernier fait soit excusable, ajoute: *Crederem incontinenti dici etiam post rixam, dummodo cessante calore rixæ et iræ offensus non deverterit ad extraneos actus*[1]; Baïardus étend cette règle beaucoup plus loin : *Propulsatio injuriæ dicitur facta incontinenti si die sequenti facta fuerit*[2]. Nous n'acceptons pas cette dernière opinion. La vengeance qui s'exerce le lendemain de l'outrage n'est plus cet acte impétueux que la volonté est impuissante à retenir; la réflexion l'a mûrie; l'entraînement a cessé. Nous admettons seulement que quelque intervalle peut séparer les deux actes, que cet intervalle peut se prolonger aussi longtemps que l'émotion reste violente et que la réflexion ne peut se faire entendre, aussi longtemps que durent la chaleur de la colère et la fougue de la passion. Il est impossible de préciser les degrés de cet intervalle; il ne nous semble pas que, dans la plupart des cas, il puisse s'étendre au delà de quelques instants[3].

La jurisprudence a sanctionné cette doctrine. Une Cour d'assises avait refusé de poser la question de provocation, parce que le fait provocateur avait été commis dans une autre rue que celle où les blessures, objet de l'accusation,

1. Farinacius, quæst. 125, num. 342.

2. Ad Julium Clarum, § Homicidium, num. 113. Bœrius, déc. 168, num. 6.

3. Jousse cite comme un cas où la réplique de l'offense, quoique faite quelque temps après, est censée faite sur le champ, celui où une personne, restée étourdie d'un coup sur la tête, n'aurait repris ses sens que longtemps après, et, apercevant son ennemi, se serait jetée sur lui et l'aurait blessé ou tué dans un mouvement de colère. (Traité de la just. crim., t. 3, p. 513.)

avaient été faites, d'où l'on concluait que ces blessures n'avaient point suivi immédiatement la provocation. La Cour de cassation a annulé cette décision : « attendu que la Cour d'assises a limité, par sa décision, l'excuse tirée de la provocation proposée par l'accusé, aux faits qui se seraient passés dans une rue seulement, tandis que, par le rapprochement des rues contiguës, les coups ou violences graves auraient pu, s'ils avaient eu lieu dans une rue voisine, être encore flagrants, et dans un instant assez rapproché pour exclure la possibilité de la réflexion entre les faits de provocation et ceux commis dans la rue, qui faisaient l'objet de l'accusation [1]. »

1440. Mais si les effets de la provocation ne sont pas détruits par cela seul que quelque distance l'a séparée du crime, il ne faut pas non plus, ainsi que nous l'avons proposé, que cette distance soit trop considérable ; ainsi on devrait encore invoquer un arrêt de la Cour de cassation rendu sous l'empire du Code de 1791 et portant : » que la prétendue provocation à la tentative de meurtre, déclarée constante dans l'espèce, résultait de coups de bâton donnés au prévenu *antérieurement* à cette tentative ; que le jugement, en expliquant le sens qu'il a attaché à ce mot *antérieurement*, détermine qu'il s'est écoulé entre le coup de couteau et les coups de bâton antérieurs, un délai que quelques témoins ont indiqué comme étant d'environ quinze jours, et les autres comme ayant été plus long, tel que de trois ou quatre semaines ; que le fait ainsi déclaré ne renferme pas les caractères admis et reconnus par l'art. 9 du titre 2, 2e part., 1re sect., du Code de proc. de 1791 [2], comme excuse du crime, puisque cet article exprime le seul cas où le meurtre sera la suite d'une provocation violente, ce qui exige une continuité immédiate de faits qui n'existe pas dans l'espèce ; que la latitude donnée par le jugement à l'excuse admise

1. Cass., 10 mars 1826, Bull. n. 46.

2. Cet article était ainsi conçu : Lorsque le meurtre sera la suite d'une provocation violente, sans toutefois que le fait puisse être qualifié homicide légitime, il pourra être déclaré excusable.

tendrait à favoriser les attentats les plus funestes, les haines invétérées et les actes de vengeance criminelle, qu'il importe au contraire de réprimer[1] » Cette décision confirme les principes que nous avons établis, et devrait, sans aucun doute, être encore suivie. Il est vrai que les termes du Code de 1791 étaient plus explicites que ceux de l'article 321 ; ils exigeaient que l'homicide fût *la suite* d'une provocation violente ; mais si cette condition n'est plus dans le texte de la loi, elle n'a pas cessé d'être dans la nature de l'excuse ; il est évident que lorsque quelques jours et quelques heures même se sont écoulés depuis la provocation, le crime n'est plus, ainsi que le porte l'arrêt, un acte de colère, mais bien un acte de vengeance et de haine ; la provocation ne se reflète plus sur lui que de loin et trop faiblement pour en modifier le caractère ; la loi doit lui chercher une autre cause.

1441. Le Code a posé deux exceptions à la règle qui admet la provocation comme excuse du meurtre et des blessures : 1° en cas de parricide : 2° de *meurtre commis entre époux.*

Nous avons déjà vu, en examinant les caractères du parricide, qu'aux termes de l'art. 323, ce crime n'est jamais excusable. (*Voy.* n° 1067.) Mais nous avons fait remarquer cependant que cette disposition, quelque absolue qu'elle soit, se trouve tempérée par l'admission du système des circonstances atténuantes, qui s'étend à tous les accusés sans distinction, et par conséquent aux accusés du crime de parricide.

1442. L'art. 323 doit-il être restreint au seul cas de parricide ? La provocation rend-elle excusables les *coups* portés par un fils à son père ? La Cour supérieure de Bruxelles a déclaré, par deux arrêts, que, dans la législation actuelle, les coups portés aux parents ne sont pas plus excusables que l'homicide commis sur leur personne[2]. Mais la Cour de cas-

1. Cass., 27 messidor an X ; Devill. et Car., t. 1, p. 669 ; t. 2, p. 657.

2. Arr. Brux., 17 mars 1815, Jour. du Palais, t. 12, p. 839 ; 28 sept. 1852, Dall., t. 7, p. 646.

sation n'a point adopté cette doctrine; elle a décidé « que l'art. 321 est conçu en termes généraux et absolus ; que l'article 323 ne fait exception à cette généralité que pour le seul parricide ; qu'il laisse nécessairement subsister l'art. 321 pour le cas où il ne s'agit que des blessures ou de coups, sans distinguer si les blessures ou les coups sont ou non du fait d'un enfant envers les auteurs de ses jours[1]. » Cette dernière décision nous paraît entièrement conforme au texte du Code.

Il faudrait, par le même motif, décider que l'homicide volontaire commis sans intention de donner la mort, par un enfant sur ses parents, profiterait du bénéfice de l'excuse. En effet, l'art. 323 ne déclare déchu de ce bénéfice que le seul *parricide* : or, l'art. 299 ne qualifie *parricide* que le meurtre des père ou mère et ascendants de l'accusé. Donc l'homicide commis volontairement, mais sans intention de tuer, crime prévu par le 2e § de l'art. 309, et qui, ainsi que nous l'avons démontré précédemment (nº 1199), ne constitue point le crime de meurtre, serait passible de l'application de l'excuse, lors même qu'il aurait été commis sur les père et mère et les ascendants de l'accusé. Cette distinction, qui n'existait pas dans le Code de 1810, est une conséquence implicite du deuxième paragraphe ajouté par la loi de 1832 à l'art. 309.

7443. Une question qui n'est pas sans difficulté est de savoir si l'art. 323 fait obstacle à ce que la peine soit réduite conformément aux dispositions de l'art. 67, lorsque le parricide a été commis avec discernement par un mineur de seize ans. La raison de douter est que l'art. 323 porte en termes formels que le parricide n'est jamais excusable, et que l'âge n'est qu'une excuse, lorsqu'il est reconnu que le mineur a agi avec discernement. Il nous semble cependant difficile d'admettre que cette excuse puisse être rejetée. D'abord on peut penser que l'art. 323, quelle que soit la généralité de ses termes, n'a eu d'autre but que de poser une exception aux articles qui le précèdent. Ces articles, en effet, ne font que

1. Cass., 10 janv. 1812, Devill. et Car., 4, p. 6 ; Journ. du Palais, t. 10 p. 24.

tracer des cas de provocation ; placé immédiatement après, l'art. 323, en déclarant que le parricide n'est point excusable, a seulement voulu déclarer que les excuses admises par les art. 321 et 322 ne lui point applicables. Ensuite l'excuse qui résulte de la minorité de l'accusé ne peut, par sa nature même, recevoir aucune exception ; nous l'avons déjà dit : c'est une loi genérale qui domine toutes les lois, une règle commune qui plane sur toutes les législations, car elle prend son origine dans un fait commun à toutes les actions de l'homme, son ignorance présumée de la criminalité de ses actes jusqu'à l'âge de seize ans accomplis[1]. Comment créer une exception à cette loi commune, à l'égard du parricide? La faiblesse qui fait vaciller l'intelligence du mineur, les voiles qui obscurcissent encore sa conscience et l'empêchent de peser les suites et toute la valeur morale d'une action, ne sont-ils pas nécessairement les mêmes, ne produisent-ils pas les mêmes effets sur tous les actes qu'il commet ? La règle *pupillus mitiùs punitur* domine toutes les incriminations, parce que sa raison est générale et les modifie toutes également.

1444. La deuxième exception à l'admission de l'excuse de la provocation est relative au meurtre commis entre époux : nous examinerons cette exception, qui fait l'objet de l'article. 324, dans la quatrième section de ce chapitre.

1445. Toutes les fois que l'excuse de la provocation est mentionnée dans le résumé de l'acte d'accusation, toutes les fois qu'elle résulte des débats, ou que l'accusé l'a proposée dans les termes de la loi, en articulant des coups ou des violences graves, la question doit être posée aux jurés [2]. Les jurés ont seuls le droit d'apprécier le fait d'où l'accusé fait résulter la provocation ; ainsi, si la question a été ainsi

1. V. notre t. 1er, n. 241.

2. Cass., 10 mars 1826, Bull. n. 45 ; 4 sept. 1828, S. 28, p. 349 ; 13 mars 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p 138 ; 22 septembre 1836, Bull. n. 311 ; 14 décembre 1850, Bull. n. 421 ; 26 déc. 1856, Bull. n. 405 ; 30 juin 1859, Bull. n. 150. — * * Comp. Cass., 25 avril 1872 ; Bull. n. 94. — 23 déc. 1880 ; Bull. n. 240.

posée : Est-il constant que l'accusé ait été violemment provoqué par des blessures et des coups ? et si le jury a répondu : Oui, des coups ont été portés, mais ils ne constituaient pas la provocation ; la Cour d'assises ne pourrait, sans violer les règles de sa compétence, effacer cette dernière partie de la réponse et atténuer la peine en admettant l'excuse : telle est la décision que la Cour de cassation a formellement consacrée [1].

1446. Lorsque l'excuse est admise [2], l'atténuation des peines est déterminée par l'art. 326 qui est ainsi conçu : « Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, s'il s'agit d'un crime emportant la peine de mort, ou celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, la peine sera réduite à un emprisonnement d'un an à cinq ans ; — s'il s'agit de tout autre crime, elle sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux ans ; — dans ces deux premiers cas, les coupables pourront de plus être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. — S'il s'agit d'un délit, la peine sera réduite à un emprisonnement de six jours à six mois. »

Cet article ne peut donner lieu à aucune difficulté sérieuse; nous ferons seulement remarquer que ces mots l'*arrêt* ou le *jugement* ont évidemment la même valeur, puisque dans les deux premiers cas prévus par l'article, et auxquels ils se réfèrent, l'excuse légale ne peut être appréciée que par la Cour d'assises : les tribunaux correctionnels ne peuvent en connaître que dans le cas où les coups et blessures constituent un simple délit, indépendamment de l'effet de l'excuse. Une deuxième observation est que la réduction des peines, autorisée par cet article, est indépendante de l'atténuation

1. Cass., 30 juillet 1831, Bull. n. 177 ; Devill. et Car., 1831, 1, 417.

2. * * La réponse négative du jury sur la question de provocation, étant contraire à l'accusé, doit, à peine de nullité, exprimer qu'elle a été rendue à la majorité (Cass., 3 avril 1873; Bull. n. 90; — 29 mars 1877; Bull. n. 91 ; — 3 mai 1877 ; Bull. n. 117 ; — 12 oct. 1882 ; Bull. n. 233 ; — 22 avril 1886 ; Bull. n. 160).

qui peut être appliquée en vertu de l'art. 463. En effet, l'excuse légale et les circonstances atténuantes ont deux objets distincts : l'excuse admet dans l'appréciation morale du crime un fait particulier, puisé dans les circonstances qui ont accompagné sa perpétration, et qui modifient sa gravité intrinsèque : les circonstances atténuantes permettent de faire concourir, dans la même appréciation, des faits secondaires qui appartiennent moins au crime lui-même qu'à la personne de l'agent, et qui, toutefois, tels que son âge, son caractère, sa position sociale, son éducation, son état d'ivresse, servent à déterminer sa criminalité réelle. Or, comment la présence d'un fait d'excuse légale pourrait-elle exclure ces circonstances? Pourquoi ne seraient-elles pas admises, qu'il y ait ou non provocation, pour caractériser à la fois et dans toute sa vérité l'action poursuivie ? Ce n'est pas un double bénéfice que cumule l'agent : si l'excuse légale est établie, il se trouve qu'il n'a commis en définitive, quel que soit le résultat de son action, qu'un simple délit ; et comment ce délit pourrait-il être privé d'une faculté d'atténuation qui s'étend à tous? Cette interprétation est confirmée d'ailleurs par le texte même du Code : l'art. 463 dispose pour tous les cas où la peine d'emprisonnement est prononcée par ce Code, et l'art. 326 ne prononce que cette seule peine, soit pour l'homicide, soit pour les blessures ; lorsque l'excuse est admise, il n'est donc pas douteux que la peine doive être déterminée, suivant les circonstances, d'après la disposition combinée de ces deux articles [1].

1447. Il nous reste à faire une observation, qui se rattache au texte de l'art. 321. Cet article ne déclare excusables, en cas de provocation, que le *meurtre* et les coups et blessures. Or le meurtre, dans le système du Code, est l'homicide commis avec le dessein de tuer ; d'où il suivrait que l'homicide commis volontairement, mais sans intention de donner la mort, et que le deuxième paragraphe de l'art. 309 a prévu, ne pourrait profiter du bénéfice de cette excuse. Telle n'a pu

1. V. dans ce sens Carnot, sur l'article 326, t 2, p. 90 ; et Rauter, t. 2, p. 54.

être l'intention du législateur. Le Code de 1810 avait confondu ces deux homicides volontaires dans une qualification commune, celle du meurtre ; de là la rédaction de l'art. 321. Il eût fallu que la loi de 1832, qui a distingué deux espèces d'homicides volontaires, avec ou sans intention de tuer, et qui a restreint la qualification de meurtre à la première, substituât, dans cet article, au mot *meurtre* qui n'exprime qu'une espèce, celui d'*homicide volontaire* qui exprime le genre ; mais cette omission ne peut influer sur le sens de la loi, qui comprend évidemment toutes les espèces d'homicide volontaire comme tous les coups et blessures, et qui n'a posé de limites à la puissance de l'excuse de la provocation qu'en ce qui concerne l'assassinat, parce que la préméditation a paru inconciliable avee cette excuse.

§ II. — *De la provocation résultant d'un violent outrage à la pudeur.*

1448. Nous avons déjà remarqué que l'article 321, en exigeant que la provocation, pour constituer une excuse légale, résultât de coups ou violences graves, n'a point défini ces violences. Tous les faits de cette nature qui peuvent exciter l'indignation et la colère de l'agent, et lui ôter la liberté d'esprit nécessaire pour agir avec réflexion, doivent donc produire les mêmes effets : tels sont les attentats à la pudeur.

Il faut distinguer, parmi ces attentats, ceux qui placent la personne outragée en état de légitime défense, et la justifient par conséquent de l'homicide qu'elle commet, et ceux qui ne constituent qu'une insulte et outrage.

Le crime de viol et la tentative de ce crime placent nécessairement la personne qui en est l'objet en état de légitime défense [1]. L'homicide qu'elle commet pour se défendre est donc légitime. Cette décision est empruntée à la loi romaine.

1. V. le chapitre suivant, dans lequel nous revenons sur cette question.

Divus Hadrianus prœscripsit eum qui stuprum sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum [1]. La raison qui en est donnée par les anciens auteurs est que le déshonneur est une chose plus grave et plus redoutable que la mort même : *plus est stuprum quàm mors, et major est timor stupri quam mortis* [2]. Ces auteurs, en conséquence, enseignent qu'il est licite de tuer le coupable : *pro defensione sui honoris licitum est stupratorem occidere.* « La femme qui tue son ravisseur, dit Jousse, pour conserver sa pudicité, ne mérite aucune peine, et est plutôt digne de récompense que de blâme et de punition [3]. » Quelques auteurs ont même pensé que l'homicide était légitime, non-seulement pour empêcher le viol, mais pour en tirer vengeance après qu'il avait été commis : *violentiam castitatis non solum qui potest propulsare ne fiat, sed etiam inferentem hanc violentiam in flagranti crimine, licet occidere animo ulciscendi* [4]. Dans ce dernier cas, toutefois, la légitime défense existe encore *in flagranti crimine*; mais si l'agent poursuivi par sa victime succombait sous ses coups, le viol consommé cesserait alors d'être une cause justificative de l'homicide ; il n'y aurait plus qu'une violente provocation.

1449. Les autres attentats à la pudeur, qui ont pour but l'outrage et non le viol, doivent être considérés comme une provocation suffisante du meurtre, ainsi que des coups et des blessures, et, par conséquent, comme autorisant l'application de l'art. 321. Le texte de cet article ne s'oppose nullement à cette application, car il établit en thèse générale *les violences graves envers les personnes* comme causes d'excuses de ces crimes. Or, comment ne pas ranger dans cette classe les attentats à la pudeur commis avec violence sur les personnes? De tels actes ne constituent-ils pas les violences les plus graves, et surtout ne forment-ils pas la provocation la plus énergique ? Comment dénier le bénéfice de l'excuse à la femme qui

1. L. 1, § ult., Dig. ad leg. Corn. de sicariis.
2. Farinacius, quæst. 125, num. 44.
3. Traité des mat. crim., t. 3, p. 748.
4. V. les auteurs cités par Farinacius, quæst. 125, num. 44.

n'a fait que repousser un violent outrage, tandis que ce bénéfice lui serait assuré par le seul fait qu'elle aurait reçu des coups ? Il est évident que la cause impulsive et déterminante de l'action est de la même nature dans les deux hypothèses, et que sa force est bien plus grande dans la première ; toute distinction serait donc injuste ; l'art. 321 comprend toutes les violences graves.

1450. Cela posé, il semble que la disposition de l'art. 325 était surabondante, car l'art. 321 la renfermait implicitement dans ses termes. En effet, l'art. 325 est ainsi conçu : « Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou blessures excusables. »

Mais le législateur a dû faire de cette espèce de blessure l'objet d'une disposition particulière, parce qu'elle suppose, en général, une sorte de préméditation ; qu'il pouvait dès lors s'élever, dans cette hypothèse, des doutes sur l'application de l'art, 321, et qu'il était nécessaire de déclarer expressément cette application.

La loi n'admet comme excuse qu'un *violent outrage à la pudeur*. Que faut-il entendre par ces mots ? Nous croyons que l'on doit entendre les attentats consommés ou tentés avec violence, c'est-à-dire les violences physiques de nature à offenser la pudeur. En effet, l'art. 325 n'est que l'application, dans une espèce particulière, du principe posé par l'art. 321. Les conditions de l'excuse doivent donc être les mêmes, et, par conséquent, il est nécessaire, comme l'exige ce dernier article, que les violences soient exercées sur les personnes mêmes. Ainsi un outrage à la pudeur, commis sous les yeux d'une personne, mais sans violences exercées sur elle ou sur un tiers, ne serait pas une excuse légale de la castration. Les violences constituent seules une provocation assez forte pour atténuer le crime. L'art. 321 exige, de plus, que ces violences soient graves ; et nous ne pensons point qu'il y ait lieu de déroger ici à cet article.

1451. La castration est-elle excusable si l'outrage violent à la pudeur a été commis non sur son auteur, mais sur un tiers ? Nous avons déjà résolu cette question affirmativement à

l'égard de l'homicide et des blessures que des violences graves ont provoqués ; les mêmes motifs commandent la même solution. Comment refuser au père ou à la mère, agissant sous l'impression de l'injure faite à leur fille, le droit d'invoquer l'excuse? La loi romaine l'étendait non-seulement à la victime, mais à ses parents, *sibi vel suis*. Tous les témoins de l'outrage qui opèrent la castration immédiatement et pour punir cet outrage doivent être excusables, car la même cause modifie leur criminalité ; ils sont coupables au même degré ; ils ont agi d'après la même impulsion ; les mêmes dispositions doivent les atteindre. Il faut cependant excepter le cas où un complot aurait été formé à l'avance pour l'exécution de la mutilation, et où l'outrage violent à la pudeur n'aurait été que le résultat et la suite d'une provocation faite à l'offenseur: il est évident que, dans une telle hypothèse, les auteurs de la mutilation ne pourraient invoquer comme excuse un outrage qu'ils auraient eux-mêmes provoqué.

§ III. — *De la provocation résultant d'une attaque faite pour pénétrer dans une maison pendant le jour.*

1452. L'art. 322 assimile aux violences graves sur les personnes, et qui fondent l'excuse du meurtre et des coups et blessures, l'escalade, l'effraction, et la violation du domicile commises pendant le jour. Ces actes d'agression sont considérés comme une sorte de provocation. L'art. 322 est ainsi conçu : « Les crimes et délits mentionnés au précédent article sont également excusables, s'ils ont été commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité, ou de leurs dépendances. Si le fait est arrivé pendant la nuit, ce cas est réglé par l'art. 329. »

La première disposition à laquelle il faut s'arrêter dans cet article est le droit différent qu'il accorde à la personne attaquée dans sa maison, suivant que l'attaque a eu lieu pendant le jour ou pendant la nuit. Cette distinction est fondée sur la nature des choses : pendant la nuit, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, en expliquant l'art. 329, la personne

menacée dans son domicile est considérée comme en état de légitime défense ; elle ne peut reconnaître les assaillants, elle ignore leurs projets, elle peut les supposer homicides ; les secours sont éloignés ou incertains ; le péril est imminent ; la défense n'est pas forcée de les attendre, elle peut les prévenir. La situation n'est plus la même pendant le jour : les assaillants peuvent être reconnus et livrés plus tard à la justice ; il est facile d'apprécier leurs desseins et de les déjouer ; les secours sont plus prompts, les nécessités de la défense moins urgentes, le péril moins menaçant.

Cette distinction, fondée sur l'imminence présumée du danger se trouve dans les législations les plus anciennes. On lit dans l'Exode : *Si effringens fur domum sive suffodiens fuerit inventus, et accepto vulnere mortuus fuerit, percussor non erit reus sanguinis. Quod si orto sole hoc fecerit, homicidium perpetravit*[1]. Solon permettait également de tuer ou de blesser, en le poursuivant, le voleur de nuit[2], et la loi des XII Tables avait recueilli sa décision : *Si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit, impunè esto*. Cette loi fut continuée pas les édits des préteurs et recueillie par le Digeste, qui la reproduit et l'explique en ces termes : *Lex XII Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cùm clamore testificetur : interdiù autem deprehensum ità permittit occidere, si is se telo defendat*[3]. On la retrouve dans les Capitulaires de Charlemagne : *Fur nocturno tempore captus in furto dùm res furtivas secum portat, si fuerit occisus, nulla ex hoc homicidio querela nascatur*[4]. Les auteurs attestent que la jurisprudence a constamment appliqué cette règle[5].

1453. Cependant elle ne doit point être prise dans un sens trop absolu ; fondée sur une présomption, elle doit fléchir devant les faits.

1. Cap. 22, num. 2 et 3.
2. Demosth., orat. adv. Timocrat.
3. L. 4, Dig. ad leg. Aquiliam.
4. Cap. reg. Franc. Baluze, lib. 5, num. 343.
5. Farinacius, quæst. 25, num. 199 ; Jousse, t. 3, p. 501.

Ainsi l'on verra dans le chapitre suivant que, même pendant la nuit, il n'est pas toujours permis à la personne dont la maison est assaillie de repousser par l'homicide les auteurs de l'escalade ou de l'effraction. Il est également certain que si ces actes, entrepris pendant le jour, sont accompagnés de circonstances inquiétantes pour la sûreté des habitants de la maison; si les assaillants, par leur nombre, par les armes qu'ils portent, par leurs menaces, annoncent des projets de meurtre ou de pillage; si, enfin, l'isolement de la maison enlève tout espoir d'un prompt secours, l'homicide ou les blessures commis pour repousser cette attaque seront, non-seulement atténués par l'excuse de la provocation, mais à l'abri de toute incrimination.

En effet, l'escalade et l'effraction des clôtures d'une maison ne peuvent point, par cela seul qu'elles ont été commises durant le jour, être nécessairement classées parmi les causes de provocation qui modifient, mais n'effacent pas la criminalité des représailles. Il faut, pour produire les effets d'une provocation, qu'elles en conservent les caractères. « Il est difficile, disait le rapporteur du Corps législatif, de déterminer avec précision ce moyen d'excuse; il doit varier suivant l'isolement, la position, les qualités physiques ou morales du coupable des violences et de la personne qui les éprouve. Le projet donne pour exemple de l'excuse de l'homicide les voies de fait employées pour repousser, pendant le jour, l'escalade, l'effraction, la violation du domicile. » Ainsi la loi a voulu poser, dans l'espèce de l'art. 322, l'exemple d'une procation; d'où il suit que si l'agression change de nature et menace la vie même des habitants de la maison, si ceux-ci n'agissent plus sous l'empire d'une simple provocation, mais pour se défendre, l'art. 322 cesse d'être applicable. Cet article n'a point dérogé au principe général posé dans l'art. 328; l'exception de légitime défense couvre l'homicide ou les blessures qu'ils ont commis, toutes les fois que leur vie a été menacée et mise en péril.

1454. L'art. 322 n'a prévu les actes qu'il énumère que pour les assimiler à la provocation; ces actes doivent donc présenter des caractères analogues aux violences qui constituent la

provocation, c'est-à-dire présenter assez de gravité pour faire la plus vive impression sur l'esprit d'un homme raisonnable, sans toutefois lui faire craindre pour sa vie, car son action, on le répète, serait alors un acte de défense. On peut en donner pour exemple le cas où l'escalade ou l'effraction a pour objet soit de commettre un vol, soit même une simple violation du domicile : le maître de la maison n'a pas assurément le droit, si sa vie n'est pas en danger, de tuer ou de blesser le voleur ou l'assaillant : mais s'il a commis cet homicide ou ces blessures, il est excusable, car il pouvait ignorer les projets de cet assaillant, et les actes préparatoires du vol ou de la violation du domicile constituent à son égard une provocation qui modifie son action.

Les termes de l'art. 322 ne doivent pas être entendus dans un sens trop restrictif. Lorsque la loi pose un cas d'excuse, il est évident qu'elle ne peut pas être rigidement enchaînée dans les liens de l'espèce qu'elle a prévue : ses motifs se réfléchissent, même lors de cette espèce, sur des faits analogues, lorsque les mêmes circonstances les accompagnent. Ainsi, en suivant littéralement le texte de l'art. 322, l'excuse ne pourrait être invoquée que dans le seul cas où l'homicide aurait été commis ou les blessures faites *en repoussant l'escalade ou l'effraction*. Mais à plus forte raison on doit décider que l'excuse s'étend aux voies de fait commises après l'escalade ou l'effraction effectuée, et pour repousser le voleur ou l'agressseur qui s'est introduit dans la maison. La même raison domine ces deux hypothèses : il est impossible d'en déduire deux règles différentes de responsabilité pénale.

1455. Mais en sera-t-il de même si le maître de la maison, ayant aperçu les préparatifs de la violation de son domicile, n'a pas attendu l'escalade ou l'effraction pour commettre les voies de fait ? Il est évident que cette question dépend entièrement des circonstances ; si cette personne n'a fait que prévenir par ce moyen l'escalade ou l'effraction dont elle était menacée, si son isolement ne lui permettait d'invoquer aucun secours, si elle pouvait craindre le succès de l'escalade ou de l'effraction, il ne paraît pas douteux qu'elle puisse

être protégée par l'art. 322 ; car les simples préparatifs du crime, quand ils sont visibles et bien constatés, et que la personne qu'ils menacent n'a pour les repousser que des moyens incertains, peuvent constituer, aussi bien que le premier acte d'exécution, une véritable provocation ; il suffit que ces préparatifs soient de nature à produire une vive émotion, une frayeur fondée. Les anciens auteurs admettaient également cette excuse ; ils reconnaissaient au maître de la maison le droit de repousser le voleur, lorsque celui-ci avait manifesté ses funestes desseins, et lorsqu'il se préparait à les exécuter, *dùm se ad furandum preparat*[1]. Ils citaient pour exemple les agents qui sont surpris dressant une échelle contre un mur, *in fure apponente scalas ad fenestras causâ furandi*[2]. Mais l'excuse ne pourrait plus être invoquée, si l'auteur de l'homicide avait agi avec précipitation et sans avoir suffisamment constaté les projets des individus qui entouraient sa maison, s'il pouvait attendre des secours en cas d'attaque, s'il avait des moyens de défense suffisants pour la repousser ; car alors la raison et les termes de la loi lui manqueraient à la fois. Il en serait de même, s'il s'était servi de ses armes lorsque les assaillants renonçaient à leurs préparatifs, et les abandonnaient en se retirant.

1456. Mais lorsque le crime est accompli, et, par exemple, quand le vol a été consommé, le meurtre ou les blessures commis sur les voleurs au moment de leur retraite, et dans le but soit de les arrêter, soit de reprendre les choses volées, sont-ils encore excusables ? Les docteurs répondaient affirmativement à cette question : la défense des choses leur paraissait presque aussi sacrée que celle des personnes : *defensio licita est non solùm pro defensione sui corporis, sed etiam pro defensione rerum suarum*[3] ; et ils formulaient le droit de blesser ou de tuer le voleur quand la chose ne pouvait être défendue ou recouvrée par un autre moyen, *quando*

1. Farinacius, quæst. 125, n. 195.
2. *Ibid.*, eodem loco.
3. Farin., quæst. 25, num. 168.

videlicet furata res defendi aut recuperari non potest [1]. Jousse, tout en adoptant cette doctrine, ajoute cependant : « pourvu que les effets soient d'une certaine valeur [2]. » Il nous semblerait difficile d'admettre cette décision, même avec cette restriction : la règle de responsabilité pénale qui a édicté l'art. 322 peut sans doute être appliquée en dehors des termes de cet article, mais elle ne peut l'être que dans des espèces parfaitement analogues, et à l'égard desquelles cette application ne pourrait être déniée sans contradiction. Or, dans l'esprit de la loi, la provocation ne peut naître que de violences employées pour commettre le crime, pour arriver à sa perpétration ; c'est ainsi qu'elle donne pour exemple l'escalade et l'effraction. C'est, en effet, au moment de l'agression que l'émotion et la terreur de la personne attaquée parviennent au plus haut degré, et l'excuse prend sa source dans ces sentiments qui dirigent sa main sur l'agresseur. Mais lorsque le vol est consommé, la crainte n'existe plus ; la victime peut ressentir, sans doute, le regret de la perte qu'elle a éprouvée, le ressentiment de l'injure, le désir de la vengeance ; mais c'est à la justice qu'elle doit s'adresser ; elle ne peut plus alléguer la crainte qu'elle aurait conçue pour sa sûreté personnelle, puisque nous supposons le crime consommé ; elle ne pourrait prétendre que les recherches de la justice seraient restées infructueuses, puisque, d'abord, le crime a été commis en plein jour, avec escalade ou effraction, qu'il a dû laisser des vestiges, et que ses auteurs ont été aperçus ; en second lieu, ce ne serait point là une excuse, car l'incertitude de la répression ne saurait autoriser à se faire justice, et à substituer à la peine légale les violences inspirées par la colère et la vengeance [3].

1. *Ibid.*, quæst. 25, num. 171.

2. Just. crim., t. 3, p. 501.

3. * * Pour nous, la question est mal posée. Il ne s'agit pas ici d'une question de provocation, mais d'une question de légitime défense. Il est vrai que nos textes ne rangent pas les attaques aux biens dans les cas de légitime défense ; mais ils ne les excluent pas : l'appréciation rentre

1457. Quelques expressions de l'art. 322 peuvent laisser certains doutes sur les limites de son application ; il déclare le meurtre et les blessures excusables, quand ils sont commis en repoussant l'escalade ou l'effraction de clôtures *d'une maison* ou *d'un appartement habité* ou *de leurs dépendances*; que faut-il entendre par ces derniers mots? Est-il nécessaire que la maison soit actuellement habitée? Faut-il appliquer ici la présomption établie par l'art. 390, et qui répute *habitée* toute maison destinée à l'habitation ? Nous établirons plus loin, dans notre commentaire de l'art. 434, que la définition de la maison habitée, formulée par l'art. 390, n'est relative qu'aux attaques contre la propriété, et qu'elle ne s'étend point à celles qui menacent en même temps les personnes ; or, la provocation prévue par l'art. 322 prend, sans doute, sa source dans la violation du droit de propriété, mais il s'y mêle cependant une menace indirecte contre les personnes ; le propriétaire ne peut prévoir où s'arrêteront les assaillants, il a un juste motif de redouter les violences dont il peut être l'objet. C'est par ce motif que la loi n'a pas étendu l'excuse au cas où l'escalade et l'effraction ne sont dirigées que contre les clôtures de *parc* ou *enclos* ; c'est par ce motif qu'elle exige que la maison ou l'appartement, objet de ces voies de fait, soient *habités.* Il faut ajouter, d'ailleurs, que l'habitation de la maison n'est point considérée ici comme une circonstance aggravante de l'agression, mais seulement comme motivant le droit de l'habitant de la repousser ; la loi a donc dû supposer une habitation actuelle, et l'on doit dès lors se tenir à ses termes qui l'expriment nettement.

Quant aux dépendances de la maison ou de l'appartement habité, elles renferment nécessairement tous les lieux situés dans l'enceinte générale de l'habitation et qui peuvent y donner accès : tel est le sens que l'art. 390 a donné à cette

dans les pouvoirs généraux du juge chargé de statuer sur la culpabilité. En tous cas, on pourrait trouver là une contrainte morale exclusive de l'imputabilité.

expression, et la raison même de la loi exige qu'il soit consacré dans notre espèce.

1458. Enfin, il faut remarquer encore que le bénéfice de l'excuse peut être invoqué non-seulement par celui dont le domicile ou la propriété est menacé, mais par les autres habitants de la maison, et même par les personnes qui, bien qu'étrangères à cette maison, ont porté secours et concouru à repousser l'attaque. Car les termes de l'art. 322 ne distinguent pas ; ils étendent l'excuse à tous les cas où le meurtre ou les blessures ont été commis en repoussant l'escalade ou l'effraction ; il suffit donc que tel ait été le but de ces violences pour que l'article soit applicable. Et, d'ailleurs, la raison de la loi est également puissante à l'égard des uns et des autres ; car il importe peu que leur intention ait été de défendre leurs propriétés ou les propriétés d'autrui, il faut seulement qu'ils aient été poussés par une juste cause, et qu'ils aient obéi à l'empire de la provocation.

§ IV. — *De la provocation considérée comme excuse du meurtre de l'un des époux par l'autre.*

1459. Nous avons vu, dans le premier paragraphe de ce chapitre, que le Code a posé deux exceptions à la règle qui admet la provocation comme excuse du meurtre : 1° en cas de parricide ; 2° de meurtre commis entre époux. Nous allons nous occuper, dans ce paragraphe, de cette deuxième exception.

L'art. 324 pose en principe que : « Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable. » La raison de cette disposition est, suivant l'exposé des motifs, qu'aucune excuse ne peut être admise « à l'égard des personnes obligées par état de vivre ensemble et de n'épargner aucun sacrifice pour maintenir entre elles une parfaite union ».

Il est à remarquer, toutefois, que cette disposition n'est relative qu'au meurtre seul, et que la loi a gardé le silence à l'égard des coups et blessures ; il faut nécessairement en conclure que les coups et les blessures donnés par l'un des

époux à l'autre sans une intention homicide, rentrent dans le droit commun, et peuvent être modifiés par l'excuse de la provocation. Telle est aussi la solution que nous avons proposée à l'égard du parricide, et que la Cour de cassation elle-même a consacrée [1]. Peut-être cette solution n'est-elle pas parfaitement conforme à l'esprit de la loi; mais son texte est trop positif pour en permettre une autre.

1460. La Cour de cassation a décidé que l'époux complice du meurtre commis sur son conjoint ne peut, dans aucun cas, profiter de l'excuse qui pourrait exister en faveur de l'auteur du crime ; son arrêt porte : « que la disposition générale de l'art. 321 n'est point applicable au meurtre commis par l'un des époux sur l'autre ; qu'aux termes de l'article 324, il n'y a d'excuse légale pour un tel crime, que si la vie de l'époux qui a commis le meurtre a été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu ; que cette disposition spéciale de l'article 324 doit atteindre également l'époux qui est l'auteur du meurtre, et celui qui s'en est rendu complice en aidant et assistant l'auteur de ce même crime dans les faits qui l'ont préparé, facilité et consommé [2]. » Cette interprétation est conforme à l'esprit de la loi : la criminalité de l'époux est la même, soit qu'il commette lui-même l'homicide, soit qu'il aide ou favorise l'homicide commis par un tiers sur son époux ; dans l'un et dans l'autre cas, la même raison doit faire rejeter l'excuse de la provocation. Mais par suite du même principe, il faut également décider que le complice de l'époux dans le meurtre de son conjoint pourrait invoquer l'excuse qui lui serait personnelle, car l'exception ne s'attache qu'à la seule personne de l'époux, elle dérive de sa qualité, et le complice reste sous le droit commun ; celui-ci ne pourrait, à la vérité, invoquer en sa faveur les violences graves commises sur l'époux auteur du meurtre, mais il pourrait invoquer celles dont il aurait été lui-même victime [3].

1. V. *suprà*, et Cass., 10 janv. 1812, Journ. du palais, t. 10, p. 24.
2. Cass., 19 janvier 1838, Devill. et Car., 1838.1.126.
3. V. notre chapitre XII, *De la complicité*, t. 1er, n. 305 et suiv.

1461. Cette règle, exceptionnelle en matière d'excuse, reçoit elle-même deux exceptions qui sont formulées dans les deux paragraphes de l'art. 324. Cet article, après avoir déclaré, dans son premier paragraphe, que le meurtre commis entre époux n'est pas excusable, ajoute aussitôt : « Si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu. » Ainsi la qualité de l'époux cesse d'être un obstacle à l'admission de l'excuse par le concours de ces deux circonstances : si sa vie a été mise en péril, et si ce péril a existé au moment même où le meurtre a été consommé.

Mais si la vie de l'époux a été mise en péril, ne se trouvait-il pas dans la nécessité de se défendre ? Le meurtre qu'il a commis n'était-il pas non-seulement excusable, mais justifié ? Cette observation a fait penser à quelques auteurs que le législateur a voulu déroger, dans l'art. 324, au principe de l'art. 328 et restreindre à l'égard des époux le droit même de la défense légitime [1]. Cette interprétation ne peut être adoptée. L'art. 328 pose une règle générale de justification qui, comme la démence et la contrainte, n'admet aucune dérogation ; et l'art. 324, loin de supposer cette dérogation, se concilie au contraire aisément avec cette règle. La vie de l'un des époux peut être mise en péril par les violences de l'autre, sans qu'il soit dans la nécessité de repousser ces violences par l'homicide : il peut, en effet, soit appeler des secours, soit se dérober à ces violences par la fuite. S'il a la faculté d'employer l'un de ces moyens, et qu'au lieu de le faire il commette volontairement l'homicide, cet homicide sera excusable : mais s'il n'avait d'autres moyens de sauver sa vie qu'en tuant l'agresseur, le meurtre ne serait pas seulement excusable, aux termes de l'art. 328, il ne constituerait ni crime ni délit. « S'il en etait autrement, ajoute M. le professeur Haus, il résulterait que l'art. 324 aurait établi, par rapport aux époux, une exception qui n'existe pas même entre enfants et parents ; l'enfant aurait le droit de légitime

1. Essai sur le Code pénal, p. 114.

défense même contre son père, et ce droit serait refusé à l'épouse, que la loi obligerait en quelque sorte à se laisser assassiner par son époux[1].

1462. La deuxième exception à la règle qui dénie l'excuse aux époux est écrite dans la deuxième partie de l'art. 324, qui est ainsi conçue : « Néanmoins, dans le cas d'adultère, prévu par l'art. 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable. »

1463. La loi romaine accordait au père, avant de l'accorder à l'époux, le droit de tuer sa fille et son complice surpris en adultère. *Patri datur jus occidendi adulterum cum filiâ quam in potestate habet*[2]. Ce droit était toutefois soumis à plusieurs conditions : il fallait que sa fille fût sous sa puissance, comme l'exprime la loi qu'on vient de lire ; car c'était un attribut de la puissance paternelle : *nemo alius ex parentibus idem jure faciat* ; et si le père était lui-même fils de famille, le droit n'existait plus : *sic eveniet ut nec pater nec avus potest occidere*[3]. Il fallait ensuite qu'il surprît sa fille en flagrant délit : *in ipsâ turpitudine, in ipsis rebus Veneris*[4]. Et la loi exigeait de plus que le même coup frappât à la fois sa fille et son complice, *ictu et uno impetu utrumque debet occidere*[5], parce qu'elle supposait que le meurtre était commis dans le premier moment de l'indignation, et que la colère ne sait pas distinguer entre les coupables, *quia lex parem in eos qui deprehensi sunt indignationem exigit et requirit*[6]. Si le père se fût borné à tuer le seul complice et qu'il eût pardonné à sa fille, il serait rentré sous l'empire du droit commun, *lege Corneliâ reus erit*[7]. Enfin, une dernière condition était que

1. V. Observations sur le projet du Code belge, t. 2, p. 245.
2. L. 20, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
3. L. 21, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
4. L. 23, *ibid.*
5. L. 23, *ibid.* Farin., quæst. 121, n. 24.
6. L. 32, Dig. ad leg. Jul. de adult.
7. L. 32, Dig. *ibid.*, et occursu in glossâ.

l'adultère eût été commis dans la maison du père ou dans celle de son gendre : *jus occidendi patri conceditur domi suæ, vel in domo generis*[1] : il fallait, pour constituer l'injure, que la maison paternelle eût été souillée.

Ce droit homicide, conséquence des principes de la loi romaine sur la puissance paternelle, ne fut point reconnu par l'ancienne jurisprudence française : « En France, dit Jousse, il n'est pas permis au père de tuer sa fille, ni celui avec lequel elle est surprise en adultère[2]. » Fournel en explique le motif : « Cette doctrine, dit-il, est incompatible avec la qualité de *délit privé* attribuée à l'adultère ; il serait étrange que celui qui n'a pas le droit de déférer un délit à la justice eût le droit de le punir[3]. » Toutefois il paraît que les juges, après avoir prononcé les peines légales, renvoyaient le père par devant le prince pour obtenir des lettres de grâce[4]. Dans notre droit actuel, cet homicide serait soumis aux règles du droit commun ; une excuse légale ne pourrait être invoquée ; les circonstances susceptibles d'en modifier le caractère se confondraient dans la question de culpabilité. Les annales des Cours d'assises offrent toutefois des exemples nombreux d'acquittement en pareille circonstance, et cela se conçoit. Commentateurs de la loi, nous ne pouvons pas admettre en doctrine une semblable jurisprudence.

1464. La loi romaine, en permettant au père cet acte de vengeance, l'interdisait au mari : *patri, non marito, mulierem permissum est occidere*[5]. Papinien donne la raison de cette différence : c'est que la tendresse paternelle veille en faveur de la fille, et retient entre les mains du père l'exercice du terrible privilége dont il est armé, tandis que le mari céderait trop promptement à l'impétuosité de son ressentiment, *quod plerumquè pietas paterni nominis consilium pro liberis capit ; cœterùm mariti calor et impetus facilè decernentis*

1. L. 25, Dig. *ibid.*
2. T. 3, p. 491.
3 Traité de l'adultère, p. 261.
4. Jousse, tome 3, p. 491.
5. L. 22, § 4, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

fuit refrenandus [1]. Néanmoins, lorsque le mari, violant la défense de la loi, avait tué la coupable surprise en flagrant délit, il n'était point puni des peines ordinaires : *si maritus uxorem in adulterio deprehensam, impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliæ de sicariis pœnam excipiet* [2]. La loi ajoute le motif de cette atténuation : *ultimum supplicium remitti potest cùm sit difficillimum justum dolorem temperare* ; la peine était donc commuée : *sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari.* C'est en ce sens et en vue de cette *t*commutation qu'Ulpien disait : *Si maritus in adulterio deprehensam uxorem occidat, ignoscitur ei* [3]. Le pardon que le mari pouvait espérer était l'adoucissement de sa peine. Il n'était fait exception à ces règles que lorsque le complice de la femme était une personne vile, telle qu'un esclave, un affranchi, un baladin, un homme flétri par un jugement public. Le mari qui, dans ce cas, lavait son outrage dans leur sang, était exempt de toutes peines [4].

Ces principes étaient à peu près suivis dans notre ancien droit : « Il n'est pas permis au mari, dit Jousse, de tuer l'adultère de sa femme, ni sa femme, parce que l'homicide est indistinctement défendu dans nos mœurs. Mais comme sa douleur est juste, s'il éprouve ce malheur, s'il tue sa femme et l'adultère surpris en flagrant délit, il obtient facilement sa grâce du roi. L'usage même est que si le mari avait négligé d'obtenir des lettres de grâce, on ordonne qu'il se retirera par-devers le prince pour les obtenir [5]. » Les auteurs rapportent de nombreux exemples d'homicides de cette nature et de grâces obtenues à la suite [6].

1. L. 22, § 4, *eodem*.
2. L. 38, § 8, *eodem*.
3. L. 3, Dig. ad senatûs C. Sylanianum.
4. L. 24, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
5. Leprêtre, cent. 4, ch. 61, n. 17 ; Papon, l. 2, tit. 99, add., n. 5 ; Henrys, tome 1er, liv. 4, ch. 6, quæst. 63 ; Laroche-Flavin, en ses Arrêts, liv. 1er, tit. 7, n. 4.
6. Jousse, t. 3, p. 491.

1465. La deuxième partie de l'art. 324 n'a fait que reproduire cette doctrine. La loi n'a point reconnu au mari le droit de donner la mort à sa femme ou à son complice surpris en adultère ; mais elle a considéré cet outrage comme une des provocations violentes qui appellent son indulgence ; elle punit le meurtre, mais comme un simple délit. Les jurés, nous l'avons déjà dit, vont plus loin ; ils prononcent l'acquittement pur et simple, soit du mari, soit de la femme, qui ont cru pouvoir venger l'injure la plus grave dans le sang de l'adultère et de son complice. Mais nous expliquons la loi. « La loi, dit l'exposé des motifs du Code, n'excuse ce meurtre que sous deux conditions : 1° si l'époux l'a commis au même instant où il a surpris l'adultère : plus tard, il a eu le temps de la réflexion, et il a dû penser qu'il n'est permis à personne de se faire justice ; 2° s'il a surpris l'adultère dans sa propre maison. Cette restriction a paru nécessaire. On a craint que si ce meurtre, commis dans tout autre lieu, était également excusable, la tranquillité des familles ne fût troublée par des époux méfiants et injustes, qu'aveuglerait l'espoir de se venger des prétendus égarements de leurs épouses. » Il est nécessaire d'insister sur ces deux conditions de l'excuse.

1466. La première exige que le meurtre soit commis au moment où le mari surprend les coupables *en flagrant délit.* On doit remarquer qu'il ne s'agit point ici du flagrant délit tel que l'a défini l'art. 41 du Code d'instruction criminelle. En effet, cet article considère comme flagrant délit, non-seulement le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre, mais encore le cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique, et celui où il est trouvé saisi d'effets qui font présumer sa culpabilité. Evidemment ce n'est pas là l'hypothèse de l'art. 324. Cet article veut que les coupables aient été surpris en flagrant délit, parce que ce n'est que l'aspect même du crime qui peut excuser l'emportement de l'agent et les excès dont il se rend coupable : le flagrant délit se trouve donc restreint au cas où le délit se commet actuellement. C'est aussi dans ce sens que le rapporteur du Corps législatif expliquait la loi : « Comment, disait M. Monseignat, ne pas excuser l'époux offensé dans l'objet le plus

cher à son honneur et à ses affections, qui, au moment où il est outragé dans sa propre maison, immole dans les bras du crime et l'adultère et son complice ? »

Mais que faut-il entendre par le délit *qui se commet actuellement*? En matière d'adultère, cette question est très délicate. Sous la loi romaine comme dans notre droit, il fallait, pour que le mari fût excusable, que l'épouse eût été surprise en adultère : *si maritus uxorem in adulterio deprehensam interfecerit...*[1] ; et Ulpien traduisait ces mots *in adulterio* en ces termes : *In ipsâ turpitudine, in ipsis rebus Veneris*[2]. Les glossateurs ont longuement disserté sur cette interprétation; les uns ont restreint l'adultère à l'acte même qui le consomme : *prœludia et prœnuntia flagitii non sunt flagitium ipsum*, dit Mathæus[3]. *In ipsis rebus Veneris*, ajoute Decanius, *intelligo illa verba, id est, in ipso actu adulterii, nam illa dicuntur propria res Veneris : illud verbum ipsum denotat rem perfectam vel cœptam tantùm*[4]. Les autres étendent l'adultère à tous les actes qui tendent à le consommer : *sunt enim res Veneris*, dit la Glose, *antecedentia ipsum scelus* ; *scilicet, apparatus, colloquia*[5] ; et cette opinion semble favorisée par Justinien, qui avait étendu l'excuse au mari, lors même qu'il avait tué le complice hors du flagrant délit, et par cela seul qu'il avait bravé sa défense : *Si quis ei quem suspectum habet de suâ uxore, ter in scriptis denuntiaverit, et post invenerit eum convenientem uxori suæ in domo suâ, sine periculo eum perimat*[6].

1467. Nous ne prétendons point, comme les docteurs, définir rigoureusement les actes qui constituent le flagrant délit. La loi a exigé, pour l'application de l'excuse, que le délit se commît actuellement, car elle devait craindre que le mari ne fût abusé par de trompeuses apparences, et la certitude et la

1. L. 38, § 8, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
2. L. 23, Dig. ad leg. Jul., et Damhouderius, chap. 74, n. 24.
3. Tit. 3, lib. 48, Dig. de pœnâ adult., n. 15.
4. Lib. 9, Cap. 15, n. 15.
5. In. l. 23, Dig. *eodem*.
6. L. 30, au C. de adult. in authent. si quis.

vue même de l'infidélité de sa femme pouvaient seules excuser l'égarement de sa douleur. Mais il n'a pu être dans son intention de restreindre l'excuse au seul cas où il aurait été témoin de la consommation même de l'adultère : il suffit que la femme et son complice aient été surpris ensemble dans une situation qui ne permette pas de douter que l'adultère vient d'être commis ou qu'il va se commettre ; par exemple, et pour parler le langage des docteurs : *solus cum solâ in eodem lecto*. Le flagrant délit existe, car la culpabilité de la femme et du complice est évidente, et ils sont surpris dans les actes mêmes qui en fournissent la preuve. Tout ce qu'on peut exiger du mari, c'est que l'acte qu'il a puni porte en lui-même la preuve complète de l'infidélité ; toute autre restriction serait dérisoire et évidemment contraire à l'esprit de la loi.

Mais lorsque le premier instant de la surprise et de l'indignation est passé, l'excuse ne serait plus admise, le droit commun reprend son empire. Ainsi le mari qui, après avoir surpris les coupables, les aurait enfermés, et viendrait longtemps après les mettre à mort, invoquerait vainement l'excuse, car il n'aurait point cédé à un mouvement instantané, il aurait prémédité son crime. Mais, en serait-il ainsi, si, désarmé au moment où il les a surpris, il s'est précipité hors de la chambre pour aller chercher une arme, et est revenu aussitôt pour accomplir sa vengeance ? Non, pourvu qu'il n'ait point cessé d'agir sous l'impression d'une passion instantanée. Quelques moments rapides écoulés entre l'outrage et la vengeance ne peuvent suffire pour modifier le caractère de l'action, et faire supposer la préméditation ; mais il serait difficile de poser le terme où l'excuse ne saurait plus être invoquée, où la distance doit faire présumer la colère éteinte ; cette décision est tout entière dans l'appréciation des faits et des circonstances. On peut, sans inconvénient, laisser à l'omnipotence du jury tout ce qui concerne l'appréciation des excuses des époux outragés. (*Voy.* n° 1083.)

1468. La question devient plus délicate encore, lorsque le mari, soupçonnant l'infidélité de sa femme, s'est caché pour la surprendre. Henrys rapporte un fait de cette nature : le

mari avait feint un voyage de plusieurs jours, puis était revenu secrètement dans la maison conjugale où il avait surpris sa femme et son complice, avait tué l'un d'un coup de pistolet et l'autre d'un coup de poignard : il obtint des lettres de grâce tant pour lui que pour un archer qui l'avait aidé dans l'exécution; mais il eut beaucoup de peine à faire entériner ces lettres : « Parce que, dit Henrys, le mari avait donné occasion de faire le mal, et qu'il avait plutôt dressé un piège à sa femme qu'il ne l'avait surprise inopinément[1]. « On conçoit facilement le scrupule du parlement; mais il semble que cette difficulté doit trouver sa solution dans une distinction : si le mari, soupçonnant l'infidélité, s'est caché avec la seule pensée d'épier sa femme, et qu'à la vue de l'outrage il n'ait pas été maître de sa colère, le fait d'avoir connu et favorisé le rendez-vous ne sera point un obstacle à ce qu'il jouisse du bénéfice de l'excuse, car il n'avait qu'un seul but en se cachant, celui de s'assurer de l'infidélité; il a prémédité de surprendre le coupable, et non de se venger; l'homicide est le résultat d'un mouvement imprévu de colère; l'action n'a pas changé de nature. Mais il en est autrement si le mari s'est caché avec la certitude déjà complète du crime, muni d'armes et dans la seule intention de le punir : il ne cède point, dans ce cas, à l'emportement de la colère, mais aux suggestions d'une vengeance méditée à l'avance; quelque juste que soit sa fureur, son action n'est qn'un guet-apens, l'homicide qu'il commet qu'un assassinat[2]. Ce n'est point là l'attentat que l'art. 324 a voulu excuser : il n'a prévu que le meurtre qu'une main égarée par une juste indignation commet dans l'entraînement d'un premier mouvement; il n'a point prévu la préméditation et les préparatifs qui décèlent le crime. Au reste, il faut le répéter dans cette matière délicate, cette distinction n'est point absolue. Les actes extérieurs ne sont pas toujours des signes certains des mouvements de l'âme; et l'application de l'excuse suppose la preuve acquise que le mari avait combiné à l'avance sa vengeance, et en

1. Tom. 1, liv. 4, ch. 6, quæst. 63.
2. V. dans ce sens, arr. Lyon, 3 janv. 1845, S.45.2.547.

avait préparé l'exécution, Il n'est pas besoin d'ajouter, d'après ce qui précède, que si le mari a cédé à des suggestions étrangères à l'adultère, s'il a voulu se servir de ce prétexte pour faire excuser un homicide commis par haine ou par cupidité, l'excuse cesse d'être applicable. Aussi est-il nécessaire de constater avec soin si l'adultère n'a pas été un piége pour couvrir un autre crime, et cette vérification doit surtout être faite lorsqu'un seul des coupables a été tué. C'est par ce motif que la loi romaine n'appliquait l'excuse qu'en cas de double meurtre de la femme et du complice : *Non interest adulteram filiam priùs pater occiderit an non, dùm utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Corneliâ reus erit*[1].

1469. L'excuse est-elle admissible lorsque le mari a employé l'aide d'un tiers à l'exécution d'un homicide ? Les anciens jurisconsultes regardaient ce concours comme légitime ; ils admettaient qu'un mari faible et valétudinaire pût invoquer les secours étrangers pour instruments de sa vengeance ; les motifs de cette décision étaient qu'il est permis de faire par autrui ce qu'on peut faire soi-même : *Quod est licitum in personâ mandantis est etiam licitum in personâ mandatarii*[2]. Elle s'appuyait d'ailleurs sur la loi romaine, qui étendait jusqu'aux fils qui avaient porté secours à leur père le bénéfice de l'excuse : *filiis ejus qui patri paruerunt præstandum est*[3]. Cependant l'empire de cette loi, qualifiée avec raison, par quelques auteurs, de cruelle et d'un détestable exemple, *atque crudelis nefandi exempli*[4], était contesté dans l'ancien droit. Nous ne pensons pas qu'elle pût être invoquée aujourd'hui. L'excuse tirée de l'adultère de la femme est essentiellement personnelle au mari; seul il a ressenti la blessure, seul il a le droit d'invoquer la juste indignation qui a motivé sa vengeance. Si ses forces l'ont trahi et qu'il ait cherché des secours, il est excusable encore, non

1. L. 32, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
2. Farin., quæst. 121, n. 83.
3. L. 4, C. ad leg. Jul. de adulteriis.
4. Covarruvias, de matrimonio, § 7, n. 6.

pas à raison de la règle du droit civil citée par les jurisconsultes, mais parce que cette convocation ne change pas la nature de son action, parce qu'il agit sous la même impulsion et dans le même mouvement, parce que ces personnes qu'il appelle au moment du flagrant délit et pour l'aider au châtiment sont pour lui des instruments, des armes destinées à l'accomplir. Mais l'excuse ne peut s'étendre au delà de lui-même ; ses complices, s'il en a trouvé, sont responsables de leur assistance, d'après les principes du droit commun ; car l'excuse ne modifie pas le crime, elle ne fait qu'atténuer la culpabilité de l'auteur principal [1]. Seulement on doit, dans ce cas, examiner si ces complices faisaient partie de la famille de l'époux, s'ils étaient placés sous sa domination, en un mot, s'ils ont agi librement ou sous l'empire d'une contrainte morale.

1470. La seconde condition constitutive de l'excuse est que le mari ait surpris l'adultère *dans la maison conjugale.*

La loi romaine exigeait également cette condition pour admettre la justification du père ; il fallait que l'adultère eût été surpris dans sa propre maison ou dans celle de sòn gendre [2]. La raison de cette restriction était que l'injure devenait plus grave lorsque la femme avait osé introduire l'adultère jusque dans la maison de son père ou de son époux : *Quare ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed domi suæ generive sui tantùm* ; *illa ratio redditur quod majorem injuriam putavit legislator quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere* [3].

Cette disposition a passé dans notre droit. Ce n'est que dans la maison conjugale que le mari est excusable de se livrer aux emportements de sa vengeance : la loi n'a voulu protéger que le domicile et en quelque sorte l'honneur du lit nuptial. Que faut-il entendre par la *maison conjugale* ? La loi romaine la définissait en ces mots : *Domus pro domicilio*

1. V. notre tome 1er, n. 222. — ** V. *contrà* Cass., 12 octobre 1832, Bull. n. 233.

2. L. 22, § 2, Dig. ad leg. Jul. de adult.

3. L. 22, § 2. Dig. eodem tit.

accipienda est[1], et la Glose enseignait que ces termes *pro domicilio* signifient *pro habitatione*[2]. Nous pensons également que la maison conjugale est celle où réside le mari, *in quâ habitat*[3], celle qui forme la maison commune, *in eâ domo in quâ cum suâ conjuge commanet*[4], celle du moins où il peut contraindre sa femme d'habiter et où elle a le droit de résider; cette interprétation résulte de la combinaison de l'art. 324 du Code pénal avec l'art. 339 du même Code et les art. 108, 214 et 230 du Code civil[5]. Peu importe que la maison soit à la ville ou à la campagne, car le mari peut avoir une résidence momentanée dans ces deux endroits, et même dans deux villes différentes.

Cette règle a été consacrée dans une espèce où l'excuse soumise au jury n'énonçait pas que le flagrant délit eût été surpris *dans la maison conjugale*. La Cour de cassation a cassé, dans l'intérêt de la loi, l'arrêt de la Cour d'assises qui avait admis cette excuse irrégulière : « attendu que la réponse du jury, relativement à l'excuse proposée, ne constate pas que le meurtre ait été commis à l'instant où l'auteur de ce crime surprenait son épouse en flagrant délit d'adultère, *dans la maison conjugale* ; qu'à défaut de cette énonciation, l'excuse ne réunissait pas les conditions essentielles exigées par l'art. 224 ; que conséquemment, la réponse du jury devait être considérée, en cette partie, comme inefficace et inopérante ; qu'en substituant à la peine des travaux forcés à perpétuité, portée par l'art. 304, celle de cinq années d'emprisonnement édictée par l'art. 326, pour le cas où l'excuse prévue par l'art. 324 a été régulièrement admise, la Cour d'assises a fait une fausse application des art. 324 et 326[6]. »

1471. La séparation de corps ne suffirait pas pour faire rejeter l'excuse, car le mari la puise dans les liens mêmes

1. L. 22, § 2, Dig. eodem tit.
2. Glossa, in hac lege.
3. *Ibidem*.
4. Nov. 117, cap. 9, § 59.
5. V. dans ce sens Cass. civ., 21 déc. 1818, et 27 janv. 1819, S.19.1.166.
6. Cass., 25 janv. 1872, Bull. n. 22.

du mariage, que la séparation n'a pas dissous. Mais le but principal de cette séparation est de donner à la femme le droit d'avoir un domicile distinct, et le flagrant délit surpris à ce domicile n'excuserait pas l'homicide commis par le mari, car cette excuse ne le protége que dans la maison conjugale.

Le mari qui serait convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale serait-il recevable à proposer l'excuse? La loi est muette à cet égard; mais on doit décider, en consultant son esprit, que l'excuse n'est pas admissible dans ce cas. En effet, l'art. 324 n'admet cette excuse que *dans le cas d'adultère prévu par l'art.* 336, et l'art. 336 déclare que le mari n'est pas recevable à dénoncer l'adultère de sa femme dans le cas où il est convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale; ces deux dispositions se lient donc l'une à l'autre, elles supposent les mêmes règles; or, si le fait d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale prive le mari de la faculté de dénoncer l'adultère pour le faire punir, comment deviendrait-il excusable de l'avoir puni lui-même? La raison de décider est la même; son indignité repousse à la fois l'action et l'exception.

1472. Nous ferons remarquer, en terminant, que l'art. 324 ne paraît appliquer l'excuse qu'au mari: c'est sans doute un oubli de la part du législateur, car l'injure est aussi grave, et il y a de plus lâcheté de la part du mari qui ose introduire une concubine dans la maison conjugale; il insulte à la faiblesse de sa femme. Qu'on ne dise pas que les résultats de l'adultère sont bien différents dans les deux cas. Q'importent les résultats, quant à la gravité de l'offense et à la culpabilité de l'agent? On ne voit que trop souvent un mari venger l'adultère parce qu'il offense son amour-propre, tandis que l'amour blessé de la femme peut seule la porter aux excès qui la rendraient coupable d'homicide [1].

1. **. Cette solution peut se défendre par d'excellentes raisons en législation; mais elle n'est pas conforme au texte, et nos auteurs eux-mêmes semblent la condamner quand ils disent que « c'est sans doute

un oubli de la part du législateur. » S'il en était ainsi, il n'appartiendrait pas à l'interprète de la loi de réparer cet oubli. Il est d'ailleurs bien difficile, quand on compare les termes des deux dispositions de l'art. 324, de croire à un oubli (Comp. Blanche, V, n. 53). — Le Code pénal belge a étendu l'excuse aux deux époux. En fait, chez nous, les circonstances atténuantes suppléeront à la lacune qu'on peut signaler dans la loi.

CHAPITRE LIII.

DE L'HOMICIDE LÉGAL ET DE L'HOMICIDE LÉGITIME.

(*Commentaire des art.* 327, 328 *et* 329 *du Code pénal.*)

1473. L'ordre légal et la nécessité de la défense constituent deux causes de justification.

§ Ier. — *De l'homicide légal.*

1474. L'homicide n'est légal que lorsqu'il a été ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime.
1475. Divers exemples de l'homicide légal.
1476. Distinction des actes qui font partie de l'ordre donné et de ceux qui sont en dehors.
1477. Responsabilité du supérieur dans le cas d'ordre donné à l'inférieur.

§ II. — *De l'homicide légitime.*

1478. Fondements de la cause de justification résultant de la légitime défense.
1479. Dans quels termes ce droit a été consacré par la loi : texte de l'art. 328.
1480. La défense de soi-même ou d'autres s'étend-elle à la défense des biens?
1481. L'outrage fait à l'honneur suffit-il pour placer la personne en état de légitime défense?
1482. Le viol et la tentative de viol placent la victime en état de légitime défense.
1483. Il faut que la défense soit commandée par un péril actuel, et qu'elle agisse dans la proportion de la force de l'attaque.
1484. Quand l'attaque est repoussée, le droit de la défense expire.
1485. Si la personne attaquée est obligée à fuir, si cela est possible, et si la résistance lui fait perdre le bénéfice de l'excuse.
1486. Ce n'est pas le péril réel, mais tel qu'il a paru à la personne attaquée, qui fait la légitimité de la défense.
1487. Il faut enfin que l'agression soit injuste.
1488. Appréciation du caractère juste ou injuste de l'agression.
1489. Il faut distinguer si elle menace la vie de la personne ou si elle ne constitue qu'un outrage.
1490. Le complice surpris par le mari en flagrant délit d'adultère se trouve-t-il en état de légitime défense contre lui?

1473. L'homicide et les blessures volontaires ne sont plus seulement excusables, ils ne constituent ni crime ni délit lorsqu'ils ont été commis soit en vertu d'un ordre légal, soit par suite de la nécessité de la défense. L'ordre de la loi et la légitime défense constituent des faits justificatifs qui excluent toute imputabilité pénale ; l'agent n'est coupable à aucun degré, il n'a fait qu'accomplir un devoir de ses fonctions, ou repousser une violence injuste par la force ; il n'est passible d'aucune peine.

§ Ier. — *De l'homicide légal.*

1474. *L'homicide légal* se trouve défini par l'art. 327 du Code pénal, ainsi conçu : « Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi, et commandés par l'autorité légitime. »

Il résulte de ces expressions, qu'il ne suffit pas, pour l'existence des faits justificatifs, que l'homicide ait été ordonné par la loi ; il faut encore qu'il ait été commandé par l'autorité légitime : ces deux conditions étaient déjà exigées par l'art. 4 du titre 2, 2e part., section 1re, du Code de 1791. La commission du Corps législatif avait proposé de les séparer. « En cumulant ces deux conditions, portent ses observations, il pourrait se présenter des occasions où la loi ordonne, mais où l'autorité n'est pas là au même instant pour donner un ordre d'exécution. Ainsi, un gendarme qui conduit un prisonnier est attaqué à force ouverte par des hommes qui veulent lui enlever le détenu ; il se défend et tue un des assaillants ; il y est autorisé par la loi, mais aucun de ses supérieurs n'est avec lui pour ordonner de faire feu. D'un autre côté, un inférieur sous les armes peut recevoir de son chef l'ordre de fair tel acte qui n'est pas prévu ou autorisé par la loi ; il paraît donc qu'il conviendrait de n'exiger qu'une des conditions, et de mettre le mot *ou* au lieu du mot *et* [1]. » Cet amendement fut rejeté par le Conseil d'État, qui toutefois ne motiva point sa décision.

Il est évident que les observations de la commission du Corps législatif reposaient sur une étrange confusion : la loi ne peut que prévoir et indiquer les circonstances impérieuses où elle autorise l'emploi de la force ; mais cette indication ne suffit pas ; il est nécessaire de constater ensuite que ces circonstances ont existé, que les précautions prescrites par la loi ont été prises, qu'il y a eu nécessité de déployer la force des armes : or, telle est précisément la mission de l'autorité légitime ; elle intervient pour régler l'emploi de la force, pour apprécier sa nécessité, elle demeure responsable de son exercice. Ainsi deux conditions sont également essentielles : l'ordre de la loi dans lequel l'emploi des armes puise sa légitimité, et le commandement du fonctionnaire compétent, qui constate sa nécessité actuelle ; ce sont là les deux garanties qui protégent la vie des citoyens : sans la première, elle serait abandonnée aux violences arbitraires des agents de

1. Procès-verb. du Cons. d'État, séance du 18 janv. 1810.

l'autorité ; sans la seconde, l'application la plus aveugle de la loi en justifierait le sacrifice.

La commission du Corps législatif objecte, à la vérité, que, dans certains cas, un agent de la force publique, subitement attaqué dans l'exercice de ses fonctions, est forcé d'agir pour l'exécution de sa mission légale, avant de recevoir un commandement. Mais alors cet agent ne se trouve-t-il pas lui-même dépositaire du droit d'apprécier la nécessité de l'homicide ? n'est-il pas responsable de l'exercice qu'il fait de ses armes ? Il importe peu qu'il en reçoive le commandement d'un supérieur, ou que ce supérieur, en lui déléguant une mission spéciale, l'ait investi à l'avance du droit de se servir de ses armes, suivant les circonstances ; ce que la loi a voulu, c'est qu'un agent quelconque demeurât responsable de l'exercice des violences qu'elle autorisait ; or, cet agent est ou celui qui, en les commandant, en a pris la responsabilité, ou celui qui, séparé de ses supérieurs, a dû apprécier lui-même leur nécessité et les exercer sans attendre aucun ordre.

1475. Il est facile de citer quelques exemples de l'homicide légal : tel est celui qui est commis, soit en cas de guerre régulièrement déclarée entre deux nations [1], soit lorsque, dans un attroupement et après les sommations prescrites, la force des armes est déployée contre les séditieux [2], soit lorsqu'une condamnation capitale passée en force de chose jugée est mise à exécution, soit enfin quand les agents de la force publique, dans l'exercice de leurs fonctions, repoussent une attaque par la force, ou combattent la résistance qui est opposée à l'accomplissement de leurs devoirs [3].

Dans ces diverses hypothèses, ce qui justifie soit le fonctionnaire qui a donné l'ordre, soit l'agent qui a dû se servir de ses armes sans l'attendre, c'est la légitimité du motif de leur action ; or, ce motif légitime est l'accomplissement de la

1. Grotius, liv. 3, ch. 4, § 8.

2. Art. 7. loi du 21 oct. 1789 ; art. 27, loi du 3 août 1791 ; art. 1er, loi du 10 avril 1831. L. 7 juin 1848, 23 fév. 1832.

3. V. les termes précis de l'ordonnance de François Ier, de mai 1539, art. 4 et 5.

mission qu'ils ont reçue de la loi : il faut donc, en premier lieu, que l'acte ait été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, puisque ce n'est que la nécessité de cet exercice qui a pu motiver les violences ; il faut ensuite que, même dans l'exercice de ses fonctions et justifiant d'un motif légitime, l'agent n'ait pas excédé les limites de ses devoirs et les exigences de la nécessité ; car s'il était établi que les violences n'étaient pas nécessaires, qu'il pouvait exécuter ses fonctions sans y recourir, qu'il a outre-passé d'une façon quelconque les limites dans lesquelles il devait se renfermer, il est responsable à raison de cet excès : la légitimité du motif ne couvre pas cette portion de l'acte, il est passible d'une peine à raison du délit qu'elle peut former [1].

1476. Ainsi reprenons les actes que nous venons d'énumérer: celui qui tue un ennemi dans une guerre et sur l'ordre de ses chefs est exempt de toute peine, car la guerre est autorisée par le droit des gens, *ex hoc jure gentium introducta bella* [2] ; et c'est le caractère propre de la guerre de repousser les armes par les armes, *jure gentium ità comparatum est ut arma armis propulsentur* [3]. La guerre couvre même des actes inutiles à son succès : tel est le meurtre d'un ennemi désarmé, des femmes et des enfants, dans le sac d'une ville ou dans la chaleur du combat [4] ; mais cette cause de justification ne s'appliquerait pas à l'homicide qui serait le résultat d'une vengeance particulière.

La même distinction s'étend à tous les cas d'homicide légal : la mise à mort d'un condamné deviendrait un assassinat, s'il avait formé un recours suspensif par sa nature, et sur lequel il n'eût pas encore été statué ; l'usage des armes dans un attroupement ferait peser sur les agents de la force publique une rigoureuse responsabilité, si, d'une part, ils ne se trouvaient pas en état de légitime défense, ou si, d'un autre côté, les formalités prescrites par la loi n'avaient pas été rem-

1. V. nos précédentes observations sur ce sujet, t. 3, p. 26 et suiv.
2. L. 5, Dig. de justitiâ et jure.
3. Tive-Live, l. 42, chap. 31, num. 11.
4. Grotius, l. 3, ch. 4, § 6 et 9.

plies; enfin, les gendarmes, les huissiers, les préposés des douanes. quand ils déploient la force des armes pour assurer l'exécution de leur mission légale, ne trouveraient plus une excuse suffisante dans leurs fonctions, s'il était établi qu'ils ont employé la force sans nécessité, et qu'ils auraient pu, sans recourir à ce moyen extrême, accomplir les ordres dont ils étaient chargés.

1477. Nous avons précédemment examiné, en recherchant les effets de la contrainte morale sur la criminalité, dans quel cas l'ordre donné par un commandant aux militaires qui sont sous ses ordres, ou par un fonctionnaire à ses subordonnés, peut justifier ces derniers. (*Voyez* n° 378.) Nous ne pouvons que renvoyer à nos observations sur cette matière. Il est seulement nécessaire d'ajouter que si l'obéissance hiérarchique couvre, dans certains cas, l'agent qui n'a fait qu'exécuter l'ordre d'un supérieur, la responsabilité remonte aussitôt à celui-ci; que l'homicide devient imputable à son égard toutes les fois que l'ordre a été donné hors des cas prévus par la loi, ou qu'il n'a point été précédé des formalités qu'elle a prescrites, ou enfin que la nécessité de l'exercice des fonctions ne le rendait pas indispensable. (*Voyez* n° 379.)

§ II. — *De l'homicide légitime.*

1478. La deuxième cause de justification de l'homicide et des blessures est la ***nécessité de la défense.***

Le droit de défendre notre vie lorsqu'elle est menacée est, suivant l'expression de Cicéron, une loi de notre nature même, car la nature a déposé au fond de notre âme l'instinct conservateur de l'existence: *Est hæc non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accipimus, legimus, verùm ex naturâ ipsâ adripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus: ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendæ salutis*[1]. La loi romaine avait fait un axiome de ce

1. Oratio pro Milone, cap. 4.

principe du droit naturel, et le Digeste l'avait inscrit à la première page de ses lois: *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur*[1]. Il domine tous les cas de responsabilité, même de responsabilité civile. C'est ainsi que Gaïus décide, en l'invoquant, que celui qui a tué un esclave en défendant sa vie n'est pas responsable du dommage causé par sa mort: *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero ; nam adversùs periculum naturalis ratio permittit se defendere*[2].

Cette maxime, « à laquelle, dit Jousse, il n'est permis de déroger par aucune loi civile et humaine[3] », a traversé notre ancien droit avec toute sa puissance, et toutes les législations l'ont reproduite. La loi sociale, en effet, ne peut exiger que l'homme fasse le sacrifice de sa sûreté personnelle: elle est chargée de la défendre, mais si sa vigilance se trouve en défaut, elle ne peut incriminer celui qui s'est défendu lui-même, lorsqu'il n'avait aucun autre moyen d'échapper au péril qui le menaçait. La civilisation, en multipliant les moyens de police et de secours, a dû tendre à restreindre de plus en plus l'exercice de ce droit de défense; mais elle ne l'a pas effacé, parce qu'il constitue un droit naturel de l'homme, et que sa sanction est dans notre conscience.

1479. Le législateur ne créait donc pas ce droit, il ne faisait que le reconnaître, lorsqu'il déclarait dans l'exposé des motifs du Code: « L'homicide est légitime lorsqu'il est commandé par la défense de soi-même, soit qu'on ait été frappé ou qu'on se trouve dans un pressant danger de l'être, et que, ne pouvant attendre des secours de la loi, entraîné par l'instinct conservateur de son existence, on repousse la force par la force. » L'article 328 du Code a formulé cette exception en ces termes: « Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui[4]. »

1. L. 3, Dig. de justitiâ et jure.
2. L. 4, Dig. ad legem Aquiliam.
3. Traité de la just. crim., t. 3, p. 503.
4. * * L'art. 53 du Code pénal allemand plus général que notre texte,

Le principe est donc clairement posé : la justification de l'agent est complète toutes les fois qu'il a commis l'homicide en état de légitime défense[1]; mais les difficultés commencent dès qu'il s'agit d'apprécier les actes qui constituent l'état de légitime défense. Nous essayerons d'établir quelques règles à cet égard.

La première condition exigée pour que l'exception soit admise est que l'homicide ait été commis pour la *défense de soi-même ou d'autrui*. Ce sont les termes mêmes de la loi.

1480. Ces expressions ne s'appliquent-elles qu'à la défense de la personne ? Peuvent-elles être étendues à la défense des biens ? Les interprètes de la loi romaine, sans s'appuyer sur aucun texte précis, étendaient l'exception à l'un et à l'autre cas ; la Glose le déclarait formellement : *Si surripientem res tuas interfecisti, nec lege Corneliâ de sicariis tenebis*[2]. Cependant quelques doutes ne tardèrent pas à s'élever. « La vie, les membres de notre corps, dit Puffendorf, étant des choses irréparables, il ne faut pas s'étonner que la nécessité de la défendre donne de si grands priviléges. Mais quand il s'agit seulement de la perte des biens que l'on possède, qui sont de nature à pouvoir être réparés et dont quelques-uns ne paraissent pas absolument nécessaires à la vie, il y a lieu de douter si l'on peut pousser la défense jusqu'à tuer celui qui veut nous les ravir et qui nous en a dépouillés actuellement[3]. » Muyart de Vouglans tranchait la question en termes formels :

porte : « Il n'y a ni crime, ni délit quand l'action était commandée par la légitime défense. — La légitime défense est celle qui est nécessaire pour détourner de soi-même ou d'autrui une attaque présente et illégale. — L'agent ne sera pas punissable lorsque, dans le trouble, la crainte ou la terreur, il aura dépassé les bornes de la légitime défense. »

1. * * La légitime défense constituant un moyen de justification péremptoire, qui exclut la criminalité de tout acte de violence, il n'est pas nécessaire d'en faire l'objet d'une réponse distincte, puisqu'elle se trouve implicitement résolue par la déclaration relative à la culpabilité (Cass., 25 mars 1886 ; Bull. n. 127).

2. In. L. 3. ad leg. Corn. de sicariis ; Farinacius, quæst. 125, num. 212 et 213; Grotius, l. 2, ch. 1. § 11.

3. Droit de la nature et des gens, l. 2, ch. 5. § 32.

« La perte des biens, dit cet auteur, n'est point, comme celle de la vie et de l'honneur, absolument irréparable, et il n'y a d'ailleurs aucune proportion entre les biens et la vie de celui que l'on tuerait pour les conserver [1]. »

La différence qui sépare ces deux hypothèses est, en effet, immense. Celui dont les jours sont attaqués se trouve dans la nécessité de se défendre, et s'il ôte la vie à l'assaillant, ce n'est que pour conserver la sienne. La défense d'une chose, d'une propriété quelconque, n'est jamais nécessaire ; le propriétaire peut, sans un grave inconvénient, céder à la force, puisque la loi ouvre les voies judiciaires pour poursuivre le voleur ; et puis, quelque précieuse que soit la chose enlevée, sa perte peut-elle justifier l'homicide ? Le sentiment de la propriété a-t-il la même puissance que l'instinct de la conservation de la vie ? La conscience peut-elle lui reconnaître les mêmes droits ? Le propriétaire peut sans doute employer tous les moyens de résistance dont il peut disposer; mais, hors le cas de violences personnelles, il ne peut attaquer la vie même du voleur : où puiserait-il en effet le droit de le tuer ? Serait-ce un droit de justice qu'il exercerait ? A-t-il la mission de le punir ? Il n'a et ne peut avoir d'autre droit que celui qui dérive de la propriété elle-même, celui de veiller à la conservation de sa chose ; il peut donc soit repousser, soit même arrêter ceux qui menacent de le dépouiller ; mais il y a loin de cette résistance à l'homicide [2]. Il est nécessaire de répéter toutefois qu'il ne s'agit ici ni du cas où les voleurs auraient exercé des violences personnelles, ni de celui où leurs préparatifs et la nature de leur attaque auraient donné lieu de craindre pour les personnes en même temps que pour les propriétés. Dans ces deux hypothèses, ce n'est plus la propriété, c'est la personne même qui fait l'objet de la défense; l'exception reprend toute sa force.

Telle est donc, dans la théorie du droit, la mesure différente du pouvoir que peut exercer un citoyen, suivant qu'il est menacé dans sa personne ou dans ses propriétés. Dans le

1. Lois crim., p. 32.
2. * * V. *supra*, p. 169, n. 3

premier cas, il peut repousser la force par la force, quels qu'en soient les résultats, et sans qu'on puisse les lui imputer ; dans le second, il ne peut employer la force qu'avec une certaine modération, et son but doit être uniquement de se préserver des atteintes du voleur et d'assurer son arrestation.

Cette distinction résulte, de la manière la plus formelle, des textes du Code ; l'art. 328 ne parle, en effet, que de la défense de *soi-même* et *d'autrui* ; il n'a donc prévu que la seule défense des *personnes*. L'art. 329 semble faire une exception à cet article, en étendant la justification jusqu'à l'homicide commis soit en repoussant l'agression des voleurs pendant la nuit, soit en se défendant même pendant le jour contre les auteurs de vols exécutés avec violences ; mais il est visible que cette disposition, loin d'affaiblir la règle, ne fait que la confirmer ; il en résulte, en effet, que ce n'est pas le vol qui justifie la défense, mais l'attaque nocturne ou les violences personnelles, et, par conséquent, que la légitimité de cette défense se puise dans le péril auquel est exposée la personne même.

1481. Une autre question, également controversée dans l'ancien droit, est de savoir si l'outrage fait à l'honneur suffit pour placer la personne outragée en état de légitime défense. Il faut, pour la résoudre, considérer la nature de l'outrage. Ainsi, nous avons établi dans le chapitre précédent que les simples injures verbales ne formaient pas une provocation suffisante pour servir d'excuse à l'homicide ou aux blessures qui les ont suivies ; à plus forte raison ne peuvent-elles les justifier. Les injures réelles, telles, par exemple, qu'une voie de fait, un soufflet, constituent au contraire une provocation qui atténue l'homicide ou les blessures ; mais elle ne les justifie pas, parce que l'agent reste coupable d'avoir cédé à l'entraînement de la colère, parce que son action n'était pas commandée par la nécessité de défendre sa personne [1]. Cette question fut soulevée au sein du Conseil d'Etat, lors de la rédac-

1. Puffendorf, l. 2, ch. 5, § 12 ; Perezius, ad leg. Corn. de sicariis, Cod. § 10.

tion du Code, et M. Faure répondit: « que le citoyen qui repousse un outrage grave n'est pas mis, comme celui dont parle l'article, dans la nécessité d'opposer la force à la force; s'il frappe, s'il blesse, s'il tue, ce n'est que pour venger une injure, et punir l'homme qui l'a offensé. Or le droit de punir ne peut être confié qu'à l'autorité publique, et, en tous cas, il serait contre toutes les règles de laisser l'offensé se constituer juge dans sa propre cause. Les tribunaux lui sont ouverts; c'est là qu'il doit demander la réparation qui lui est due[1]. » (*Voy.* n° 1276.)

1482. Mais cette décision doit se modifier lorsqu'il s'agit d'outrages irréparables, et auxquels, suivant l'expression de Sénèque[2], la mort même est préférable, tels que le viol et la tentative de viol. Il ne s'agit plus ici d'un simple outrage, mais d'un crime contre la personne: les attentats à la pudeur ne constituent qu'une simple provocation, et peuvent seulement, ainsi que nous l'avons établi dans le chapitre précédent, excuser l'homicide[3]; mais le viol et la tentative de ce crime placent la personne qui en est l'objet en état de légitime défense. En effet, la pudeur d'une femme ne doit-elle pas lui être aussi précieuse que la vie ? Le même instinct de défense ne lui commande-t-il pas de repousser l'agresseur ? Or, il ne s'agit point d'une injure dont la réparation peut être obtenue plus tard de la justice; il s'agit de prévenir une souillure qui flétrit toute la vie de la victime, *maximè cùm virginitas vel castitas corrupta restitui non possit*[4]: la nécessité, qui fait toute la légitimité de la défense, se présente donc ici dans toute sa force; l'homicide n'est plus un crime dès qu'il est le seul moyen de sauver la pudeur de l'outrage

1. Procès-verbaux du Cons. d'État, séance du 18 nov. 1808.

2. Proxima ab his sunt, sine quibus possumus quidem vivere. sed ut mors potior sit, tanquam libertas et pudicitia et mens bona; De beneficiis, lib. 6, cap. 11. V. aussi *suprà*, n. 1448.

3. ** L'attentat à la pudeur pourrait incontestablement, selon nous, et d'après les termes mêmes de l'art. 328, constituer en état de légitime défense celui qui voudrait le repousser; c'est seulement l'attentat consommé qui constitue un cas de provocation.

4. L. 1. C. de raptu virginum.

qui la menace. Ce principe était écrit dans la loi romaine[1]; le jurisconsulte Paul mettait sur la même ligne l'homicide commis pour défendre soit la vie, soit l'honneur : *Qui latronem cædem sibi inferentem, vel alium quemlibet stuprum inferentem, occiderit, puniri non placuit* ; *alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit*[2]. Grotius et Puffendorf n'hésitent pas à placer la défense de la pudeur dans les cas de légitime défense[3], et cette décision était devenue la loi générale de l'ancienne jurisprudence[4]. Elle n'a rien de contraire au texte de notre Code : l'article 328 exige seulement, en effet, que l'homicide, les blessures et les coups soient commandés par la nécessité de la légitime défense ; il n'ajoute pas que cette défense doit avoir pour objet actuel et nécessaire la vie même de la personne attaquée; il suffit que cette personne, suivant la règle posée par la loi romaine, agisse pour la défense de son corps, *ob tutelam corporis sui* : toute la question est donc de savoir si la femme qui lutte contre l'homme qui tente d'assouvir ses désirs par la force se trouve en état de légitime défense ; or, poser ainsi la question, c'est la résoudre. A la vérité, il semble résulter des termes de l'article 325 qu'un *outrage* même *violent* à la pudeur ne constitue qu'une simple excuse et non un fait justificatif des violences ; mais, et nous l'avons fait remarquer en expliquant cet article, il ne faut entendre par ces termes qu'une violence physique de nature à outrager la pudeur ; or, il y a la même distance entre un semblable outrage et le crime de viol qu'entre les voies de fait constitutives d'une insulte et l'attaque dirigée contre la vie. L'outrage à la pudeur, quelque violent qu'il soit, n'est qu'un outrage, mais le viol est un horrible attentat qui flétrit sa victime et souvent l'assassine. L'outrage peut ne constituer qu'une excuse de l'homicide, car il n'a dû exciter

1. L. 1, § 4, Dig. ad leg. Corn. de sicariis, citée *suprà*.

2. Recept. Sentent., lib. 5, tit. 23, ad leg. Corn. de sicariis, § 3.

3. De jure belli et pacis, lib. 2, cap. 1, § 7, et le Droit de la nature et des gens, l. 2, ch. 5, § 11.

4. Farinacius, quæst. 125, num. 44,211 ; et Jousse, t. 3, p. 743.

qu'un sentiment de colère et d'indignation qui pouvait être comprimé ; mais le viol ou la tentative de viol doit être une cause complète de justification, car ce n'est plus seulement la colère ou la vengeance qui conduit le bras de la victime, c'est le sentiment de la conservation personnelle, de la défense de soi-même.

Il résulte des observations qui précèdent, que l'exception de légitime défense ne peut être élevée en faveur de l'homicide commis soit pour la défense des choses, soit pour celle de l'honneur ; il faut que la personne même se soit trouvée en péril pour qu'elle puisse se couvrir de cette exception ; c'est dans le danger corporel que se puise la justification, parce que ce n'est qu'un danger de cette nature qui peut légitimer l'exercice du droit de défense ; c'est là la première condition de l'exception.

1483. La deuxième condition est que la défense soit *nécessaire* : la défense n'est nécessaire que lorsqu'elle est commandée par un péril *actuel*, et qu'elle agit dans *la proportion* de la force de l'attaque.

Le droit de la défense suppose un péril actuel, il ne peut naître qu'avec ce péril même. « Pour user du droit de se défendre, dit Puffendorf, il faut que le danger soit présent, et comme enfermé dans un point indivisible [1]. » Ce point est le moment où l'agresseur commence son attaque : *Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo* [2]. L'art. 328 a consacré cette règle en exigeant que l'homicide et les blessures fussent commandés par la *nécessité actuelle* de la légitime défense ; et l'exposé des motifs ajoute : « ces mots *nécessité actuelle* prouvent qu'il ne s'agit que du moment même où l'on est obligé de repousser la force par la force. »

Ainsi les menaces mêmes de mort n'autorisent pas l'homicide, car elles ne font naître qu'un péril éloigné et qui n'exige pas une défense actuelle : « Or il n'y a ni soupçon ni crainte d'un péril encore incertain, dit Puffendorf, qui suffise

1. Droit de la nature et des gens, l. 2, ch. 5, p. 498.
2. L. 4, Dig. de vi et vi armatâ.

pour donner droit de prévenir celui dont on appréhende quelque chose [1]. » Le péril naît au moment où l'agresseur s'avance contre vous avec des armes, et en témoignant de son dessein ; il n'est pas nécessaire de l'attendre : *Si quis percussorem ad se venientem gladio repulserit, non ut homicida tenetur, quia defensor propriæ salutis in nullo peccasse videtur* [2]. Puffendorf développe cette loi : « Si j'aperçois, dit-il, un homme qui vient fondre sur moi, l'épée à la main, d'un air qui donne suffisamment à connaître qu'il vient me la passer au travers du corps, et que d'ailleurs je ne trouve point d'endroit où me réfugier, je puis lui décharger un coup de pistolet avant qu'il soit tout près de moi, et à portée de me toucher avec son épée, de peur que s'il s'avance trop je ne sois plus en état de me servir de mon arme [3]. » C'est dans ce sens qu'il faut entendre cette loi romaine : *Meliùs est occurrere in tempore, quàm post exitum vindicare* [4]. Ce ne sont pas, en effet, les coups ni les blessures qui rendent la défense légitime, c'est le péril qui naît de l'agression ; le seul point à constater est donc l'existence et le caractère menaçant de cette agression.

1484. Si l'attaque est repoussée, le droit de la défense expire aussitôt, car elle n'est plus nécessaire, le péril a cessé : la loi autorise la défense quand elle a pour but de protéger la vie, non d'accomplir la vengeance ; c'est à la justice et non à la personne offensée qu'elle remet le soin de punir. Telle était ausssi la décision de la loi romaine : *Illum solum qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causâ factum sit* [5]. Ainsi, soit que l'agresseur ait été repoussé, soit qu'il se soit retiré lui-même, la per-

1. Loc. cit. — Cicéron exprime le même sentiment : Qui hoc statuit unquam aut cui concedi, sine summo omnium periculo, potest, ut cum jure potuerit occidere, à quo metuisse se dicat, ne ipse posterius occideretur. Orat. pro Tull.

2. L. 3, C. ad leg. Corn. de sicariis.

3. Loco citato.

4. L. 1, C. quando liceat unicuique sine judice se vindicare.

5. L. 45, § pen., Dig. ad leg. Aquil.

sonne attaquée ne peut le poursuivre pour le tuer ou le blesser ; son droit de défense se puise dans un danger qui n'existe plus.

La défense, en second lieu, ne peut être réputée *nécessaire* lorsqu'elle n'est pas exactement proportionnée à la nature et aux efforts de l'agression, lorsqu'elle excède la mesure de résistance suffisante pour repousser cette agression. C'est, en effet, la loi impérieuse de la conservation qui fait toute la légitimité de la défense ; cette défense doit donc cesser d'être légitime dès qu'elle se déploie plus forte que l'attaque ne l'exige. La loi romaine proclamait énergiquement cette règle, lorsqu'elle réservait le bénéfice de l'exception de la défense aux actes qui avaient pour but d'assurer la conservation de l'agent, et non à ceux qui n'assuraient que sa vengeance : *si tuendi duntaxat, non ulciscendi causâ factum*[1]. Les anciens jurisconsultes avaient, en conséquence, tracé le cercle de la défense : *Moderamen inculpatæ tutelæ dicitur servatum quando illud tantùm fit quo omnino violentia repelli non posset*[2]. Puffendorf maintient également cette limitation du droit de défense : « Tout le privilége des citoyens, dit-il, se réduit à une simple permission de repousser par eux-mêmes le danger présent ; mais, pour ce qui est de la satisfaction de l'injure et des sûretés pour l'avenir, il en faut laisser le soin aux magistrats[3]. » On retrouve enfin cette distinction dans le rapport fait au Corps législatif sur cette partie du Code pénal : « Quand la conservation de la personne attaquée est assurée, dit M. Monseignat, elle ne peut sans délit ne pas laisser à la loi la vengeance du crime. »

Ainsi celui-là excède les bornes d'une légitime défense qui se sert d'une arme meurtrière quand l'agresseur n'en avait pas[4], et quand il pouvait le repousser sans en faire usage,

1. L. 45, *eodem*.

2. Farinacius, quæst. 125, num. 881.

3. Droit de la nature et des gens, 1, 2, ch. 5, § 4.

4. Eum igitur qui cum armis venit, possumus armis repellere, l. 3, Dig., de vi et vi armatâ. Farinacius, quæst. 125, num. 354, explique ainsi ces

ou qui lui porte des blessures après qu'il l'a désarmé et mis hors d'état de nuire, ou enfin qui consomme l'homicide lorsque l'agresseur a pris la fuite et tandis qu'il le poursuivait, sans que rien indiquât le retour de cet agresseur [1]. Dans ces diverses hypothèses, les actes qui ont suivi le moment où le péril avait cessé ne sont plus, à proprement parler, des actes de défense; ils constituent donc une véritable agression, et l'agent en devient responsable.

1485. On a demandé si la personne attaquée est dans l'obligation de fuir lorsqu'elle en a la facilité, et si sa persistance à résister doit lui faire perdre le bénéfice de l'état de légitime défense. Cette question était controversée par les anciens jurisconsultes : les uns pensaient que la fuite n'est jamais un devoir, soit parce qu'elle peut entraîner des périls, soit parce qu'elle ne peut avoir lieu sans déshonneur et sans honte [2] ; les autres soutenaient, au contraire, que l'agent était obligé de fuir dès qu'il le pouvait sans péril [3]. Puffendorf adopte ce dernier sentiment : « La fuite, dit ce publiciste, n'a rien de honteux ni d'indigne, même d'un homme de guerre, puisqu'on ne s'y porte point par lâcheté ou contre son devoir, mais pour obéir à la raison qui nous enseigne et qu'il n'y a point de véritable bravoure à tuer un citoyen, des insultes duquel le magistrat peut nous mettre suffisamment à couvert [4]. »

termes : Ubi quis aliquem aggreditur sine armis, non licet adversùs illum se defendere cum armis. — * * La solution, dans ces termes-là, nous paraît inadmissible. La question n'est pas de savoir si la personne attaquée a pu se servir d'armes et de quelles armes, mais bien si elle n'a infligé à l'agresseur que le mal nécessaire pour empêcher l'agression. Le texte n'autorise nullement de semblables distinctions.

1. Farinacius, quæst. 125, num. 385.

2. Julius Clarus. § Homicidium, num. 32 ; Farinacius, quæst. 125, num. 121 et 127.

3. Baldus, in l. 3, Dig. de justitiâ et jure ; Damhouderius, Prax. crim., cap. 76, num. 7. Ces auteurs s'appuient sur ce § des Institutes : Injuria autem occidere intelligitur qui nullo jure occidit ; itaque qui latronem occiderit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. Inst. de lege Aquiliâ, § 2.

4. Chap. 5, l. 2, § 13.

Dans le for de la conscience cette opinion est parfaitement exacte : l'homme doit éviter l'occasion de verser le sang humain ; ce n'est que la stricte nécessité qui l'absout. Celui qui marche au-devant d'une agression qui menace sa personne, tandis qu'il peut l'éviter, commet une imprudence. Mais cette faute est-elle assez grave pour que la défense cesse d'être légitime ? Nous ne le pensons pas : la loi ne crée pas des devoirs aussi rigoureux, et n'impose pas des obligations aussi étroites. Il lui suffit, en général, que l'agression ait mis en péril la sûreté de la personne, pour qu'elle reconnaisse la légitimité de la défense ; le droit de cette défense naît immédiatement de l'attaque elle-même et du danger qu'elle produit, et le fait que l'agent s'y est exposé volontairement ne modifie ni la nature de l'attaque, ni la gravité du danger. Il n'est pas d'ailleurs possible de soutenir qu'il y ait provocation de sa part ; car le seul refus de se dérober par la fuite à l'attaque d'un malfaiteur ne peut être considéré comme un acte de provocation envers celui-ci. En résumé, la raison, sans aucun doute, conseille la fuite, mais la loi n'a point distingué ; et dès lors elle protége la défense dès qu'elle constate l'attaque et le péril, et sans rechercher si l'agent a eu les moyens de fuir et s'il en a profité.

Nous aurions cependant quelque peine à étendre cette décision au cas où l'agression a été faite soit par un insensé, soit par un homme en état d'ivresse, soit par un enfant, soit enfin par un agent de la force publique qui se trompe et vous prend pour un autre. Dans ces diverses hypothèses, le droit de repousser la force par la force est certain ; il dérive, comme on l'a dit, du péril même [1]. Mais il faut supposer, dit Puffendorf, qu'il n'y ait point d'autre voie pour éviter le péril dont on est menacé : « condition, ajoute cet auteur, qui ne doit pas être si scrupuleusement observée par rapport à ceux qui attaquent de propos délibéré [2]. » En effet, ce n'est plus seulement un acte de prudence, c'est une obligation étroite d'éviter la rencontre d'un furieux, d'un homme ivre, d'un

1. Grotius, l. 2, ch. 1, n. 5.

2. Droit de la nature et des gens, t. 2, ch. 5, p. 5.

enfant, et de fuir, lorsque cela est possible, devant leurs coups. Le prétexte de la honte n'est plus un obstacle à cette fuite, et l'humanité commande impérieusement de se mettre à l'abri d'une pareille attaque pour n'avoir pas à la repousser. L'imprudence devient donc ici une faute grave ; et s'il est bien constaté que l'agent pouvait éviter l'agression et ne l'a pas fait, il nous semblerait difficile d'admettre en sa faveur l'exception de la légitime défense. C'est par une application de ce principe qu'il a été décidé : « qu'une arrestation, en la supposant illégale, ne rentre pas dans les termes de l'art. 328, et ne constitue pas le cas de nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, pouvant légitimer une tentative de meurtre [1]. »

1486. Au surplus, s'il est nécessaire de poser quelques règles générales, comme des jalons qui peuvent guider les pas du jurisconsulte dans cette matière difficile, il est évident que leur application est subordonnée aux circonstances variables du fait. Mille nuances peuvent distinguer les actes d'attaque et de défense ; il faut se reporter, pour les bien apprécier, au moment même de leur perpétration ; il faut considérer l'isolement, la position, la force physique, le caractère même de la personne attaquée. Ce n'est pas, en effet, le péril tel qu'il peut exister aux yeux du juge qui constitue l'état de légitime défense, c'est le péril tel qu'il s'est présenté aux yeux de la personne attaquée ; il faut donc avoir égard à ses terreurs, à sa faiblesse, aux circonstances qui ont pu égarer son jugement ; si elle s'est crue de bonne foi en danger, cette bonne foi la protége et légitime sa défense ; ce que le juge doit se proposer, c'est de fixer le point où la nécessité de la défense a cessé dans l'esprit même de la personne attaquée, où cette personne a continué de combattre, non plus pour garantir sa vie, mais pour se venger ou pour punir [2].

1. Cass., 15 sept. 1864, Bull. n. 231.

2. Ici peuvent recevoir leur application plusieurs règles développées dans notre chapitre précédent.

1487. La troisième condition qui légitime la défense, c'est que l'agression soit *injuste*.

L'homicide ou les blessures sont justes quand ils sont ordonnés par la loi et exécutés par l'autorité légitime. Telle est l'exécution d'une condamnation à mort; tel est l'homicide commis par la force publique dans une sédition. Le condamné ou les personnes présentes à l'exécution, la personne blessée au milieu de la sédition ou ses complices ne seraient pas recevables à alléguer le péril qui menaçait, soit eux-mêmes, soit autrui, pour justifier les violences qu'ils auraient commises. Leur défense est un nouveau crime, puisqu'elle constitue un acte de rébellion envers la loi.

L'homicide et les blessures sont, au contraire, injustes, toutes les les fois qu'ils ont été commis sans droit. Il n'est pas nécessaire que l'agresseur ait la conscience de l'injustice de son attaque; le maniaque ou l'idiot n'éprouvent pas ce sentiment; il suffit que l'attaque soit injuste en elle-même. « Pour rendre innocente la défense de soi-même, dit Grotius, il suffit que l'agresseur n'ait aucun droit de nous attaquer, et que rien ne nous impose d'ailleurs l'obligation de souffrir la mort sans aucune résistance [1]. » Ainsi, lors même que l'agresseur serait de bonne foi, comme par exemple si c'est un soldat qui croit exécuter un ordre, ou s'il est hors de son bon sens, on n'a pas moins le droit de se défendre, et c'est dans ce sens qu'il faut dire, avec le même auteur, que ce droit vient directement et immédiatement du soin même de notre propre conservation, et non pas de l'injustice et du crime de l'agresseur [2].

1488. Mais le caractère juste ou injuste de l'agression n'est pas toujours facile à reconnaître. Supposez qu'une personne soit provoquée par des violences exercées sur elle par un tiers; elle cède à un sentiment de vengeance, et commet à son tour sur celui-ci des voies de fait qui mettent sa vie en péril. Se trouve-t-il en état de légitime défense? S'il commet un homicide pour se défendre, sera-t-il justifié? Puffendorf

1. L. 2, ch. 1, § 5.
2. L. 2, ch. 1, § 5.

s'exprime en ces termes sur cette question : « La loi naturelle ordonne, sans contredit, que l'agresseur offre satisfaction à la personne offensée ; celle-ci, de son côté, est tenue d'accorder à l'agresseur le pardon qu'il lui demande et d'étouffer tout ressentiment contre lui , lorsqu'il témoigne d'ailleurs un véritable repentir de sa faute, et qu'il offre en même temps la réparation du dommage avec toutes les sûretés nécessaires pour l'avenir. Si donc l'agresseur, après avoir refusé la juste satisfaction qu'on lui demandait, se défend contre la personne offensée qui l'attaque à son tour pour se faire raison de l'injure, il entasse offense sur offense. Mais si la personne offensée, ne se contentant pas des satisfactions raisonnables que l'agresseur lui offre , veut à quelque prix que ce soit tirer vengeance par la voie des armes, elle se porte à une injuste violence, et, par conséquent, celui qui avait été l'agresseur peut alors se défendre légitimement [1]. »

1489. Cette opinion, qui d'ailleurs est énoncée en vue des querelles des nations plutôt qu'en vue des querelles privées, appliquée à ces dernières agressions, ne nous paraît pas en tous points exacte. Une distinction domine toute la question; on doit examiner si l'agresseur a menacé la vie même de la personne, ou s'il n'avait pour but que de l'insulter ; car, dans l'un et l'autre cas, la position des parties n'est pas la même. Dans la première hypothèse, la personne attaquée se trouve en état de légitime défense ; en portant des coups à son adversaire, elle ne fait qu'exercer un droit ; ses violences sont licites ; l'agresseur peut s'y dérober par la fuite : mais s'il lutte, et que dans ce combat il commette l'homicide, comment distinguer s'il ne l'a commis que pour protéger sa vie, ou pour accomplir le crime qu'il méditait ? Faut-il distinguer les différentes phases de la rixe, pour apprécier si, au moment de l'homicide, il était agresseur ou se tenait sur la défensive ? Mais quand il n'aurait tué que pour se défendre, l'homicide n'est-il pas la conséquence de son agression, la continuation de la même action ? Il n'a fait avec plus ou moins

1. L. 2, ch. 5, p. 19, t. 1er, p. 319.

d'efforts que consommer son crime ; le péril qu'il a couru ne saurait en modifier la nature.

Dans la deuxième hypothèse, la position de la personne attaquée a changé ; dès que l'agresseur n'a voulu commettre qu'une insulte, un outrage, la loi ne reconnaît pas à cette personne le droit de se faire justice elle-même en se portant à des violences ; elle l'excuse, mais ne la justifie pas ; elle atténue les peines, mais elle la punit. Ces violences auxquelles elle se livre constituent donc une attaque injuste, dès qu'elles excèdent la gravité des voies de fait constitutives de l'outrage ; l'agresseur a donc le droit de se défendre : la faute qu'il a commise ne saurait aliéner le droit naturel, car il n'est responsable que de l'outrage ; l'excès commis par la personne outragée, quand sa défense ne l'exigeait pas, est une faute personnelle à celle-ci, on ne peut en faire retomber les conséquences sur son adversaire. Si donc celui-ci n'a pas excédé les nécessités de la défense, il pourra être justifié, et les premières violences qu'il a commises dans sa provocation lui seront seules imputées.

1490. La même question se présente à l'égard du complice surpris en flagrant délit d'adultère par le mari, et qui, violemment attaqué par celui-ci, se défend et le tue : « Dans ce cas, dit Jousse, celui qui tue ainsi le mari n'est pas excusable, et il est même punissable de mort. Cette distinction est fondée sur ce que le coupable d'un adultère prend sur lui toutes les suites et s'en rend responsable [1]. » Toute la question est dans la nature du droit qu'exerce l'assaillant. Le mari a-t-il le droit d'homicider le complice de l'adultère en cas de flagrant délit? La loi a répondu : elle excuse le mari, elle est indulgente pour sa colère ; mais elle qualifie son action de délit, elle le punit. En droit, l'homicide commis par le mari sur le complice est donc un homicide injuste ; quels que soient les torts de celui-ci, ces torts ne justifient pas le meurtre ; il a donc le droit de résister et de défendre sa vie ; et si la nécessité de sa défense le conduit à attaquer la vie de son ad-

1 T. 3, p. 503.

versaire, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse réclamer l'exception de la légitime défense.

1491. Nous avons achevé d'exposer les éléments de cette exception. Il résulte de nos observations que le fait justificatif de la légitime défense, pour être admis, doit réunir une triple condition, à savoir : que l'attaque ait été dirigée contre la sûreté de la personne, que cette attaque soit injuste, enfin que l'homicide ou les blessures aient été une nécessité de la défense. L'attaque doit avoir été dirigée contre la sûreté de la personne ; il ne suffirait pas qu'elle l'ait été contre les biens ou contre l'honneur. Mais la sûreté de la personne ne comprend pas seulement la vie; l'attaque qui n'aurait pour but que de faire des blessures, la tentative de viol, sont compris dans cette expression. L'attaque doit avoir été injuste ; il n'y a point de légitime défense contre l'exécution d'un homicide légal. Enfin l'homicide doit avoir été une nécessité de la défense et par conséquent il faut que cette nécessité ait été actuelle ; il ne suffirait pas que le danger eût existé, s'il avait cessé au moment de l'homicide. Il faut, en second lieu, que la défense n'agisse que dans la proportion des efforts de l'agression; car dès qu'elle excède la mesure nécessaire pour la défense, cet excès devient une agression imputable à son auteur.

Ainsi constituée, l'exception de la légitime défense, il importe de le remarquer avant d'aller plus loin, protége l'homicide ou les blessures commis, non-seulement pour la propre défense de l'agent, mais pour la *défense d'autrui*. La loi romaine n'en avait étendu le bénéfice qu'à la défense de soi-même ou des siens, *sibi vel suis* [1] ; les docteurs ont peu à peu, à l'aide de l'analogie, fait entrer dans ce cercle les amis, les hôtes, les voisins[2]. Enfin, l'ancien droit proclamait que « l'homicide est aussi exempt de peine lorsqu'il se commet pour la défense d'une autre personne qui, sans secours, au-

1. L. 1, § Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

2. Baldus, in l. 29 au C. undè vi ; Bartholc, in l. 3, Dig. de justitiâ et jure ; Julius Clarus, § Homicidium, n. 28 ; Farinacius, quæst. 125, n. 267 et seq.

rait couru risque de perdre la vie par les mains de l'agresseur[1]. » Ainsi ce principe d'humanité, sanctionné par la jurisprudence, est devenu acquis à la science, et notre Code n'a fait que le recueillir. Les règles qui régissent la légitime défense sont donc les mêmes, soit que l'auteur de l'homicide ou des blessures les ait commis pour sa propre défense, soit qu'il les ait commis pour la défense d'autrui; et la loi a supprimé, comme l'avait déjà fait la pratique attestée par Jousse, toute distinction entre les individus de la famille et ceux qui lui sont étrangers: le péril crée un lien sacré de fraternité entre les hommes, et c'est un devoir de porter secours à celui que menace une injuste agression, quelque étranger, quelque inconnu qu'il soit à l'agent.

§ III. — *De l'homicide commis en repoussant des attaques nocturnes.*

1492. La loi, après avoir posé en des termes généraux le principe de la légitime défense, a étendu ce principe à deux cas particuliers sur lesquels pouvaient planer quelques doutes. L'art. 329 est ainsi conçu : « Sont compris dans les deux cas de nécessité actuelle de défense les deux cas suivants : 1° si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, si les coups ont été portés en repoussant, pendant la nuit, l'escalade ou l'effraction de clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances ; 2° si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violences. »

Le droit de repousser par la force des armes les voleurs nocturnes se trouve consacré dans la législation la plus ancienne; nous avons rappelé dans le chapitre précédent, en séparant à cet égard les voleurs de jour des voleurs de nuit, les textes qui le consacrent[2]. Mais la raison de ce droit de

1. Jousse, t. 3, p. 505.

2. Exod., cap. 22 ; leg. Duod. Tabularum, l. 12 ; l. 9, Dig. ad leg. Corn. de sicariis ; l. 1, C. quando liceat unicuique; Capitul. Baluze, l. 5, num. 243.

défense n'est point, comme l'a pensé Puffendorf[1], et comme l'établissent d'ailleurs quelques textes[2], puisée dans la conservation de la propriété, plus difficile à défendre et à recouvrer contre un voleur nocturne qu'on ne reconnaîtrait pas plus tard. Grotius se rapproche davantage de la vérité, quand il émet l'avis que la loi a voulu établir, dans le cas d'homicide du voleur une présomption qu'il s'était porté à des violences contre le maître de la maison, et que celui-ci l'aurait tué pour défendre sa vie[3]. Le véritable motif de cette disposition est que le maître de la maison, incertain des intentions de l'assaillant, doit craindre qu'il n'ait dessein, non-seulement de voler, mais de se porter à des violences, et dès lors il doit se croire en état de légitime défense ; telle est aussi la raison donnée par Farinacius : *Prœsumitur quod eo tempore fur habuerit animum non solùm furandi sed etiam occidendi ; vel saltem cùm sic de nocte veniat, ratione temporis discerni non posset an ad furandum, an vero ad occidendum venerit*[4]. Et, en effet, les attaques nocturnes dirigées contre une maison n'inspirent pas seulement des craintes pour les choses qu'elle contient ; les habitants de la maison attaquée sont d'autant plus fondés à redouter les projets homicides, que cette attaque révèle une audace plus grande, et que les secours sont plus éloignés pendant la nuit. Le voleur ne commet plus alors seulement un vol, *jam enim plùs est quàm fur*[5] ; il se rend coupable d'une agression violente, il donne lieu d'en craindre les suites, il justifie les moyens de défense qui sont employés contre lui.

1493, L'art. 329 ne déroge donc nullement aux règles que nous avons posées sur les éléments de la légitime défense. Ce n'est point à raison de la propriété menacée que la loi déclare l'homicide légitime, c'est uniquement à raison du péril qu'une agression faite au milieu de la nuit semble apporter

1. L. 2, ch. 5, num. 18.
2. Baluze, Capit., l. 5, num. 343.
3. L. 2, ch. 1er, § 12, n. 2.
4. Farinacius, quæst. 125, num. 199.
5. Decret, Gregorii, de Homicidio voluntario vel casuali, § 3.

aux habitants de la maison qui en est l'objet. Il en est de même dans la deuxième hypothèse prévue par le même article. L'homicide devient légitime contre les auteurs de vols et de pillages, lorsque ces vols et ces pillages sont exécutés avec violence : la loi n'exige plus ici, à la vérité, que ces crimes aient été commis pendant la nuit ; mais l'état de légitime défense est la conséquence des violences elles-mêmes, à quelque moment qu'elles aient été commises ; c'est de ces violences seules que dérive la légitimité de l'homicide. Et en effet, lorsqu'elles ont pour but de faciliter le vol ou le pillage, elles peuvent devenir extrêmes et mettre la vie en danger. Tel est aussi le sens que le rapport de la commission du Corps législatif assigne à l'art. 329 : « Ces espèces particulières, indicatives, mais non restrictives, de l'homicide légitimement commis, sont consignées dans la loi, pour avertir que si elle consent à regarder comme légitime l'action qui a pour but de repousser la mort dont nous sommes menacés, elle réduit l'usage de ce droit au seul cas où l'impérieuse nécessité nous en ferait un devoir.

Il suit de là que la légitime défense, dans les deux cas prévus par l'art. 329, est soumise aux mêmes règles que dans toutes les autres hypothèses que la loi n'a pas spécialement prévues et qu'elle a laissées à l'appréciation des juges. Ainsi il est nécessaire, pour que l'homicide soit licite, soit dans le cas d'une attaque de nuit contre une maison habitée, soit dans le cas d'un vol commis avec violence, que les actes commencés ou accomplis aient donné lieu de craindre pour la sûreté des personnes, que l'agression ait été commise illégalement, et que les actes de la défense se soient renfermés dans les limites d'une actuelle nécessité [1].

1. * * Nous avons émis, dans notre Précis de droit criminel (4e édit., p. 90), l'opinion, que nous croyons toujours vraie, que l'art. 329 établit une double présomption légale de légitime défense, qui exclut toute preuve contraire, lorsque les circonstances prévues par l'article sont reconnues constantes. C'est ce qui nous paraît résulter du texte même : « *Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de légitime défense...* » Et l'on se demande pourquoi le législateur aurait pris soin de déterminer si nettement ces deux faits s'ils devaient rester sous l'empire du droit commun.

1494. Ces règles, qui ne sont pas restrictives du droit de défense, mais qui ne font que tracer le cercle dans lequel il peut s'exercer légitimement, ne sont à peu près, dans cette hypothèse même, que la reproduction du droit romain. La loi des XII Tables, telle que Jacques Godefroy l'a rétablie, ne semble, à la vérité, admettre aucune condition : *Si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit, impunè esto*; mais ce droit absolu d'homicide sur le voleur de nuit ne se maintint pas longtemps. En effet, Gaïus, en citant cette loi, ajoute une condition importante : *Lex* XII *Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen idipsum cum clamore testificetur*[1]. Ainsi, soit que ces dernières expressions fussent dans la loi même des XII Tables, soit, comme le prétend Godefroy, qu'elles aient été ajoutées au texte de Gaïus par Tribonien, voilà une première condition imposée au droit de défense : il fallait que le flagrant délit fût constaté, en quelque sorte, par les cris de ceux qui étaient attaqués. On trouve dans le Digeste une deuxième condition qui pose la limite naturelle du droit : *Furem nocturnum*, dit Ulpien, *si quis occiderit, ita demùn impunè foret si parcere ei sine periculo suo non potuit*[2], de sorte que la loi n'accordait l'impunité à celui qui avait tué un voleur de nuit, que dans le cas où il n'aurait pu épargner sa vie sans courir risque de la sienne. C'est ainsi que la loi 52, § 1, Dig. *ad legem Aquiliam*, décide que celui qui poursuit au milieu de la nuit un voleur encore chargé de l'objet volé, n'a le droit de le frapper et de le blesser qu'autant que celui-ci, au moment où il s'est senti saisi, a commencé à porter le premier coup. La sanction de ces dispositions se trouve dans un fragment d'Ulpien, duquel il résulte que celui qui avait tué un voleur de nuit pouvait être tenu à des dommages-intérêts, et que celui qui avait préféré lui donner la mort quand il pouvait le saisir devenait passible des peines du meurtre : *Si quis noctu furem occiderit, non dubitamus quin lege Aquiliâ teneatur : sin autem cùm posset apprehendere, ma-*

1. L. 4, Dig. ad leg. Aquil.
2. L. 8, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.

luit occidere, magis est ut injuria fecisse videatur : ergo etiam lege Corneliâ tenebitur[1]. Enfin, l'empereur Valentinien parut vouloir restreindre encore le droit d'homicide contre les voleurs en ne l'accordant qu'aux seuls habitants des campagnes, sans doute parce que les villes offrent plus de moyens de secours[2].

1495. Ces dispositions sont fondées sur ce principe social que la vie des hommes ne peut dépendre que de la loi. Comment le seul fait de surprendre un voleur, même de nuit et en état de flagrant délit, pourrait-il autoriser à commettre un homicide sur lui ? Le vol est-il donc puni de mort par cela seul qu'il est commis de nuit ? et peut-il appartenir aux particuliers de distribuer arbitrairement la justice et les peines ? Répétons-le donc avec la loi romaine : ce n'est point à raison du vol que le droit de légitime défense peut s'exercer, mais à raison du péril personnel qui peut résulter de l'exécution de ce vol. Ce principe, qui se puise dans la conscience elle-même, est arrivé jusqu'à notre législation sans se modifier.

Ainsi, supposons que des voleurs cherchent à s'introduire pendant la nuit, à l'aide d'escalade ou d'effraction, dans un jardin dépendant d'une maison habitée ; supposons que leur intention, déjà manifestée par de premiers vols, soit d'y dérober des fruits ; admettons, enfin, qu'aucune communication ne soit possible entre le jardin et la maison. Les habitants de la maison pourront, sans nul doute, prendre toutes les mesures et même exercer toutes les voies de fait de nature à les repousser ou à les saisir ; mais pourront-ils, quand ils ne sont menacés d'aucun péril personnel, se servir d'armes meurtrières ? Nous ne le croyons pas. La loi n'a point livré la vie des voleurs aux personnes qu'ils dépouillent, comme un gage de leur propriété ; elle subordonne l'exorbitante faculté de commettre impunément un homicide à la condition d'une actuelle nécessité, et l'homicide ne peut être réputé nécessaire que si l'agent n'a pu conserver sa vie sans le

1. Collatio rerum mosaïcarum et romanorum, tit. 7. — Terrasson, sur la loi 12 des XII Tables.

2. L. 1, Cod. quando liceat unicuique.

commettre, *si parcere ei sine periculo suo non potuit.* Il faut toutefois ajouter que la question changerait de face si les habitants de la maison étaient sortis pour poursuivre les voleurs, et que ceux-ci, sur le point d'être saisis, les eussent attaqués pour assurer leur fuite : telle est précisément l'espèce de la loi *Tabernarius*, que nous avons citée [1]. Il faudrait décider, comme l'a fait cette loi, que l'attaque des voleurs contre ceux qui les poursuivent, place ces derniers en état de légitime défense, et que l'art. 329 devient dès lors applicable à cette nouvelle espèce.

Prenons encore une autre hypothèse, et supposons que les habitants de la maison aient eu de justes motifs de craindre pour leur sûreté, mais qu'ils aient seulement excédé dans leur défense la mesure d'une actuelle nécessité ; par exemple, qu'ils aient tiré sur les voleurs quand ceux-ci n'avaient encore commencé aucun des actes préparatoires du crime, ou quand, effrayés d'être découverts, ils se retiraient : les auteurs de l'homicide pourront en être déclarés responsables. La loi exige, en effet, pour effacer le crime, que l'homicide ait été commis en repoussant l'escalade ou l'effraction des clôtures ; à la vérité, nous ne pensons pas que ces termes doivent doivent être rigoureusement interprétés, et il serait, par exemple, difficile, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer au sujet de l'art. 322, de dénier aux habitants de la maison contre laquelle une attaque se prépare, le droit de se livrer à des actes de défense avant que l'escalade ou l'effraction ait été tentée, et lorsque les assaillants ne s'occupent encore que des préparatifs de leur agression. Mais s'il est permis d'étendre les termes des art. 322 et 329 à des espèces analogues à celle qu'ils ont prévue, il n'est pas permis de dévier du principe que ces articles ont implicitement consacré. Ce principe est la nécessité du péril personnel pour l'excuse ou la justification de l'homicide.

Une troisième hypothèse se présente enfin. La défense cesse d'être légitime si l'agression l'est elle-même, si elle est faite au nom de la loi et par des agents de la force publique. Mais,

1. L. 52, § 1, Dig. ad leg. Aquil.

sauf le cas de rébellion ouverte, l'inviolabilité de chaque maison pendant la nuit peut être considérée comme un principe absolu : nul, en effet, n'a le droit, aux termes de la loi, d'entrer pendant la nuit dans la maison d'un citoyen, si ce n'est dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. (*Voy.* n° 864.) Il suit de là que l'attaque de la maison d'un citoyen pendant la nuit n'est jamais légale, et que dès lors la défense, sous ce rapport, est toujours légitime, lors même qu'elle serait exercée contre des agents de l'autorité publique, puisque ces agents méconnaîtraient leurs droits.

1496. Nous terminerons cet examen du cas de légitime défense par une observation nécessaire : c'est que la loi n'a point déterminé le caractère du crime ou délit que se proposent les assaillants dans leur attaque nocturne ; le droit de la défense est donc le même, soit qu'ils se proposent le vol, soit qu'ils se proposent tout autre crime, tel que le rapt, le viol, les violences de toute espèce.

1497. Maintenant, une question importante s'élève comme un corollaire de tout ce qui précède. Nous avons tracé les limites du droit de défense, et nous avons prévu les cas où ces limites seraient excédées ; mais quelle sera la sanction de ces règles ? De quelle peine seront passibles ceux qui les auront enfreintes ? La solution se trouve dans une distinction : ou les prévenus ont agi hors des cas de légitime défense, ou, placés dans l'un de ces cas, ils n'ont fait qu'excéder dans leur défense les bornes de la nécessité.

Dans la première hypothèse, ils ne pourront invoquer l'exception : la loi, en effet, n'a déclaré l'homicide ou les blessures justifiables que dans le cas où la défense personnelle les rendait d'une absolue nécessité ; dès que cette nécessité, telle que nous l'avons définie, n'est pas constatée, le bénéfice de l'exception qui y est attachée échappe complétement au prévenu. Il reste seulement à examiner alors si le fait allégué ne constitue pas, à défaut de l'exception de légitime défense, l'excuse légale de la provocation.

Dans la deuxième hypothèse, l'exception couvre l'agent pour tous les actes qui sont motivés par la nécessité ; mais il

demeure responsable des faits qu'il a commis après que le péril était passé, quand la nécessité n'existait plus. Or, quelle est la nature de cette responsabilité? quelles peines peut-elle entraîner? Il semble qu'en droit rigoureux, on devrait décider que l'agent devient passible des peines dont sont punis les actes qu'il a commis en dehors de sa défense et sans nécessité. Ainsi, supposons qu'attaqué par un brigand, il le blesse d'un coup d'épée qui le mette hors d'état de lui nuire, et qu'il lui porte néanmoins encore une seconde blessure : cette dernière blessure n'était pas nécessaire à sa défense ; elle est donc imputable, elle rentre donc dans les blessures volontaires que prévoit et punit le Code pénal.

1498. Cette interprétation toutefois serait trop sévère. Il faut tenir compte de la terreur dont l'agent était frappé, du mouvement irrésistible qui l'entraînait, du trouble et de la précipitation de son action. Il a agi inconsidérément, mais non pas avec une intention criminelle ; il a commis une imprudence et non un délit; il est coupable d'une faute plutôt que d'un dol. Telle est aussi la décision des docteurs : *Quando quis licitæ defensionis modum excedit, dicitur in culpa, et non in dolo* [1].

Cette appréciation est confirmée par la jurisprudence. Un arrêt de la chambre d'accusation de la Cour de Limoges, que nous avons déjà cité, nº 1495, avait déclaré : « que si Braquet a frappé Lacore, c'était parce qu'il avait, pendant la nuit, escaladé la clôture de son jardin et pour l'empêcher d'entrer dans sa maison. » L'arrêt tirait de là la conséquence que Braquet se trouvait en état de légitime défense. Le procureur général, en attaquant cet arrêt, disait dans sa requête : « Ce considérant ne résiste pas à l'examen. La loi permet de repousser l'escalade, et non de la punir, de s'opposer à ce fait menaçant, et non de le réprimer quand on l'a laissé accomplir. Elle permet de repousser l'escalade, et non de frapper parce qu'on a escaladé. En droit, pour que l'art. 329 fût applicable, il fallait poser en fait que Braquet avait eu à

1. Farin., quæst. 125, num. 397 ; Menochius, de arbit., quæst. casu 278, num. 1 ; Julius Clarus, § Homicidium, num. 27.

repousser l'escalade ou l'entrée de la maison. Le mot *repousser*, employé si constamment par le législateur, comporte toujours une agression. » Mais le pourvoi a été rejeté : « attendu que l'arrêt attaqué déclare que Braquet a frappé Lacore pour l'empêcher d'entrer dans sa maison, après qu'ayant escaladé les murs de clôture, il se dirigeait vers une croisée de cette maison pour s'y introduire ; qu'en décidant, par appréciation de ces faits, que ledit Braquet avait agi dans la nécessité actuelle d'une légitime défense, l'arrêt n'a pu violer aucune loi [1]. » Dans une autre espèce, la chambre d'accusation de la Cour d'Amiens a également décidé : « que s'il est avoué par le prévenu qu'il a exercé sur Houbigan les violences qui lui sont reprochées (il lui avait tiré un coup de fusil alors que celui-ci s'enfuyait), il résulte de l'instruction que ces violences ont été employées par le prévenu, alors dépouillé de ses vêtements, pour repousser pendant la nuit un malfaiteur qui s'était introduit dans ses bâtiments à l'aide d'escalade ; que ce fait, eu égard aux circonstances qui l'ont accompagné, rentre dans les cas prévus par l'article 329[2]. »

1499. De là il faut conclure que l'excès même de la défense, dans un moment de trouble et de terreur, n'est point un délit [3]. Mais cet excès constitue-t-il du moins une faute ? Si l'agent n'encourt point une peine corporelle, encourt-il une peine pécuniaire ? *pro excessu moderaminis inculpatœ tutelœ non imponitur pœna corporalis*, *sed pecuniaria* [4]. L'excès de la défense, tant qu'il demeure dans le cercle d'une faute, doit-il se résoudre dans des dommages-intérêts ? La

1. Cass., 11 juillet 1844, S.-V. 44. 1. 778.

2. Arr. Amiens, 16 mars 1843, S.-V. 43. 2. 240. — V. aussi Cass., 8 déc. 1871, Journ. crim., 1872, p. 49.

3. * * Nous ne voudrions pas poser ce principe dans des termes aussi absolus. Nous n'avons pas dans notre loi de disposition semblable à celle de l'art. 53 du Code pénal allemand (V. *suprà*, p. 193). La vérité est que tout ce qui excède les bornes de la défense est délictueux ; mais que le *plus souvent* les conditions de l'imputabilité feront défaut.

4. Farin., quæst. 125, num. 397 ; Menochius, de arbit., quæst. casu 278, num. 1 ; Julius Clarus, § Homicidium, num. 27.

Cour de cassation a décidé : « qu'en principe général, pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il faut qu'il y ait faute ; que la loi ne répute pas en faute celui qui fait ce qu'il a droit de faire, à moins qu'il ne le fasse pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même ; que la défense de soi-même est de droit naturel ; qu'aux termes de l'article 328 du Code pénal, elle exclut tout crime et délit ; qu'étant autorisée par la loi positive comme par la loi naturelle, elle exclut également toute faute ; qu'il ne peut donc en résulter une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression[1] » Cette doctrine est évidemment inexacte[2]. De ce que la défense de soi-même est autorisée par la loi, il ne suit nullement qu'elle soit exclusive de toute faute, car il est possible que l'agent, même en exerçant ce droit de défense, ne soit pas exempt d'imprudence ou de précipitation, qu'il n'ait pas proportionné la résistance à l'attaque, qu'il ait continué à porter des coups quand l'agression n'existait plus. Sans doute, dans ce cas même, l'accusé n'est pas coupable dans le sens légal du mot, il doit être acquitté ; car, ainsi que nous venons de le dire, cet excès ne constitue point un délit ; mais il n'est pas nécessaire que le fait soit qualifié crime ou délit pour donner ouverture à des dommages-intérêts, il suffit d'une simple faute, et si cette faute est dans l'excès d'une défense légitime , ces dommages pourront être réclamés *pro ratione excessûs*.

1500. Au reste, il est à remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, le jury avait explicitement déclaré que l'accusé se trouvait en état de légitime défense ; mais la Cour de cassation a

1. Cass., 19 déc. 1817, S. 18. 1. 170.

2. * * Il nous semble qu'il y a là quelque confusion. La doctrine de l'arrêt précité, confirmée par un arrêt de la chambre des requêtes du 24 février 1886 (S. 86. 1. 176), nous paraît parfaitement exacte : tous les actes commis *en état de légitime défense* sont *légitimes* et ne peuvent pas plus donner lieu à une réparation civile qu'à une peine. Mais il se peut que l'agent ait dépassé les bornes de la légitime défense, et qu'il y ait lieu de ce chef à réparation : nous ferons seulement remarquer qu'on n'est plus alors dans le cas de légitime défense et que les arrêts de la Cour suprême ne visent pas cette hypothèse.

jugé ultérieurement que la question de légitime défense n'est point une question d'excuse qui puisse être posée séparément, et qu'elle se trouve nécessairement comprise dans la question de culpabilité. Or, comme il est de principe que l'acquittement de l'accusé, par suite d'un verdict de non-culpabilité, ne fait aucun obstacle à ce que des dommages-intérêts soient adjugés à la partie civile (Voy. nº 96), il s'ensuit que, d'après cette jurisprudence, la question ne peut plus s'élever et que la Cour d'assises conserve le droit d'apprécier, soit que l'acquittement se fonde sur la légitime défense ou sur tout autre motif, si le fait matériel, bien que dépouillé de sa criminalité, peut, à raison du préjudice qu'il a causé, donner lieu à des dommages-intérêts. Comment, en effet, faire encore une distinction pour le cas où l'acquittement est fondé sur la légitime défense? Le verdict du jury n'énonce pas de motif, et la question de légitime défense s'efface dans la déclaration de non-culpabilité. Dès lors le droit de la Cour d'assises ne saurait plus être contesté [1].

1501. Il nous reste à faire remarquer, pour terminer la matière qui fait l'objet de ce chapitre, que l'exception de légitime défense peut être invoquée soit par l'époux qui a commis un homicide sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, soit par le fils qui a porté la main sur son père. Les droits les plus saints, qu'ils dérivent de la nature ou de la loi, cèdent devant l'instinct de la conservation de la vie. L'épouse n'est plus forcée de reconnaître son époux, ou le fils son père, dans l'assassin qui menace sérieusement ses jours. C'est le crime lui-même qui brise les devoirs, et arme sa victime du droit de se défendre. Ainsi l'art. 323 du Code pénal, qui dispose que le parricide n'est jamais excusable, ne s'applique qu'à la seule excuse de provocation, et n'a point été étendu à l'exception de légitime défense. Ainsi l'art. 324 ne dénie aux époux, à l'égard du meurtre commis par l'un d'eux sur l'autre, que l'excuse de la provocation ; il admet implicitement le

1. V. dans ce sens arr. Cours d'assises de l'Hérault et de l'Aveyron, des 30 déc. 1831 et 13 nov. 1835, Journ. du dr. crim., 1832, p. 202, et 1836, p. 175, et notre Traité de l'instr. crim., t. VIII, n. 1833.

fait justificatif de la défense ; et nous avons vu d'ailleurs, en expliquant cet article dans le chapitre précédent, qu'en déclarant l'homicide seulement excusable dans le cas où la vie de l'époux qui l'a commis était en péril, il n'a pas exclu l'entière justification de cet époux lorsqu'une attaque était ouvertement dirigée contre ses jours.

CHAPITRE LIV.

DES ATTENTATS AUX MŒURS. — DE L'OUTRAGE PUBLIC A LA PUDEUR.

(*Commentaire de l'art.* 330 *du Code pénal.*)

1502. Des attentats aux mœurs dans l'ancienne législation.
1503. Caractères de la simple fornication : elle était exempte de toute peine.
1504. Ce qu'on entendait par stupre : peines qui y étaient attachées.
1505. Ce qu'on entendait par rapt de séduction.
1506. Incrimination de l'inceste.
1507. De la sodomie et de la bestialité.
1508. Distinction établie par notre législation moderne entre les actes immoraux, qui ne produisent pas une offense directe sur autrui et ceux qui produisent cette offense.
1509. Enumération des actes attentatoires aux mœurs que la loi pénale a incriminés.
1510. Le premier de ces actes est l'outrage public à la pudeur : texte de l'article 330 modifié par la loi du 13 mai 1863.
1511. Deux éléments du délit : l'outrage à la pudeur et la publicité.
1512. Les paroles grossières ne suffisent pas pour constituer ce délit : il faut un acte de nature à blesser la pudeur.
1513. Caractère distinctif de l'outrage.
1514. Nécessité de vérifier et de constater l'élément intentionnel constitutif du délit.
1515. La deuxième condition du délit est qu'il ait été commis publiquement.
1516. Quel est le caractère de cette publicité ?
1517. L'outrage est public lorsqu'il se commet dans un lieu public.
1518. Quels lieux sont réputés publics ?
1519. Une diligence est un lieu public dans le sens de l'art. 330.
1520. Distinction entre la publicité résultant du lieu et celle qui n'a été que le résultat d'un accident.
1521. Outrages à la pudeur commis dans des auberges ou dans des voitures circulant sur la voie publique.
1522. L'outrage peut être public quoique commis dans un lieu non public.
1523. L'outrage peut être public lors même qu'il est commis dans une maison particulière.
1524. Toutefois il est nécessaire de constater alors la possibilité de la publicité.

1502. Nos lois anciennes avaient déployé une extrême sévérité dans la répression des attentats aux mœurs. La limite qui sépare, en cette matière, l'acte immoral et le délit n'avait pas été aperçue. Le législateur, dominé d'abord par la pensée de réformer les mœurs, entraîné ensuite avec plus de force dans la même voie par les idées religieuses, confondait dans ces incriminations, avec les faits de violence et de corruption, tous les actes de libertinage, toutes les immoralités, toutes les actions honteuses que la morale réprouve et qui avilissent et dégradent l'homme, mais que la société se voit forcée de ne pas punir tant qu'ils ne dégénèrent pas en scandale public. C'est ainsi que la loi avait prévu, en leur assignant des degrés divers de criminalité, la fornication, le stupre, le rapt de séduction, l'inceste, la sodomie, la bestialité.

1503. La simple fornication échappait seule à la loi pénale : *fornicatio simplex de jure civili non est prohibita* [1]. Mais on ne comprenait sous ce mot qu'un commerce volontaire avec des filles ou des veuves majeures qui consentaient à se prostituer, ou, pour mieux dire, avec des filles publiques [2]. L'empereur Constantin supprimait en ce cas toutes poursuites, parce que ces femmes, par la bassesse de leur vie, échappaient à la sollicitude de la loi : *Hœ autem immunes à judiciariâ*

1. Julius Clarus, § Fornicatio, n. 1 ; Farinacius, de delictis carnis, quæst. 137, n. 41 ; Jousse, t. 8, p. 708. — La loi canonique portait : Specialiter intelligitur fornicatio in usu viduarum, vel meretricum, vel concubinarum.

2. Damhouderius, ch. 93, p. 294, va même jusqu'à donner ce motif de la tolérance de la loi civile : *Eam majoris mali vitandi gratia, prudenter dissimulat et permittit justitia sæcularis;* Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 212 ; Damhouderius, cap. 94, num. 2.

severitate et stupri et adulterii prœstentur, quas vitœ vilitas dignas legum observatione non credidit [1]. La fornication n'était également passible d'aucuns dommages et intérêts, suivant la maxime : *Scienti et consentienti non fit injuria neque dolus*. Il n'en était plus ainsi dès que la fornication était accompagnée de circonstances qui en aggravaient le caractère : elle prenait alors le nom de *stupre* ou de *rapt de séduction*. « Il y a cette différence, dit Muyart de Vouglans, entre le stupre et la fornication, qu'au lieu que celle-ci se commet avec les filles de mauvaise vie qui se prostituent à prix d'argent, le stupre suppose que la fille ou la veuve a été jusqu'ici d'une conduite régulière, et qu'elle ne s'est laissé séduire que dans l'espérance du mariage [2]. »

1504. Ainsi le stupre supposait une séduction exercée, soit par des promesses, soit par des présents, sur une femme d'une réputation jusque-là intacte : *Stupri flagitium punitur cùm quis sine vi vel virginem vel viduam honestè viventem stupraverit* [3]. La peine de ce délit était, dans la loi romaine, la confiscation de la moitié des biens si le coupable était d'une condition honnête, et une peine afflictive avec relégation s'il était d'une condition inférieure [4]. Le droit canonique voulait qu'il fût condamné à épouser la fille séduite, ou, en cas de refus, à la doter. Cet usage, observé pendant longtemps, s'était maintenu dans quelques parties de la France, et notamment jusqu'en 1730 ; il fallut qu'une déclaration du 22 novembre 1730 vînt l'abolir explicitement : cette déclaration était fondée sur ce que l'expérience avait démontré que les filles faisaient une spéculation de cette peine *pour se procurer des partis avantageux* [5]. L'art. 3 de cette déclaration

1. L. 29, C. ad leg. Jul. de adulteriis.

2. Lois crim., p. 212.

3. Inst. l. 4, de publicis judiciis, § 4.

4. Inst., *ibid.*; l. 37, § 1, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

5. « Sur la requête de cette fille qui demande à épouser celui qu'elle appelle son suborneur, et sur le consentement que la crainte de la mort arrache toujours au condamné, un commissaire de parlement le conduit à l'église, les fers aux pieds, pendant que la fille est en liberté ; c'est là que, sans publication de bans et par la seule autorité du juge séculier,

portait : Les personnes majeures ou mineures qui se trouveront seulement coupables d'un commerce illicite seront condamnées à telles peines qu'il appartiendra, selon l'exigence des cas. » Muyart de Vouglans atteste que ces peines, d'après la jurisprudence, étaient de simples aumônes avec des dommages-intérêts, sauf le cas où la gravité des circonstances et la qualité des coupables pouvaient donner lieu à des peines corporelles [1].

1505. Le *rapt de séduction* était un délit plus grave : il consistait, suivant les termes de l'art. 1er de la déclaration du 22 novembre 1730, dans le fait « d'avoir séduit et suborné par artifices, intrigues ou mauvaises voies, des fils ou filles (même des veuves) mineurs de 25 ans, pour parvenir à un mariage à l'insu ou sans le consentement des pères, mères ou tuteurs ». Ainsi, il n'était pas nécessaire qu'il y eût enlèvement de la personne séduite ; il fallait seulement que cette personne fût mineure, et que la séduction se fût opérée à l'insu ou contre le gré des parents : de là la dénomination de *raptus in parentes* donnée à ce délit [2]. La peine était très rigoureuse ; l'art. 2 de la même déclaration, reproduisant l'art. 42 de l'ordonnance de Blois et la déclaration du 26 novembre 1639, portait : « Voulons que ceux ou celles qui seront convaincus dudit rapt de séduction soient condamnés à la peine de mort, sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie. » Toutefois les parlements n'appliquaient cette peine que dans les cas où l'accusé avait employé des moyens odieux pour réussir, ou lorsqu'il était soit domestique de la personne séduite, soit son tuteur, son médecin, son seigneur ou son confesseur. On retrouve encore aujourd'hui ces dispositions, modifiées seulement en ce qui concerne les peines, dans les

se consomme un engagement dont la débauche a été le principe, et dont les suites, presque toujours tristes, ont rendu cette jurisprudence odieuse à ceux mêmes qui la suivent, sur la foi de l'exemple de leurs pères. » (Préambule de l'ord.)

1. Lois crim., p. 212.

2. V. *infrà* notre ch. de l'enlèvement des mineurs.

législations américaines [1], et dans le Code de l'Allemagne, art. 174.

1506. L'*inceste* est le commerce illicite qui a lieu entre les personnes qui ne peuvent se marier à raison de leur parenté ou alliance ; la peine de l'inceste était la mort, soit qu'il eût été commis entre ascendants et descendants, soit entre frères et sœurs, soit entre beaux-pères et belles-mères, beaux-fils et belles-filles [2]. Il en était de même de celui qui avait eu commerce successivement avec la mère et la fille [3]. L'inceste des beaux-frères et belles-sœurs, oncles et nièces, n'était passible que d'une peine arbitraire [4]. Ce commerce criminel est encore aujourd'hui puni chez la plupart des peuples : les statuts de New-York le punissent d'un emprisonnement dans un pénitencier pendant dix ans au plus (tit. 5, § 12, nº 3) ; le Code de Géorgie, de la même peine pendant un an à trois ans (10ᵉ div., sect. 4) ; le Code d'Autriche, de six mois à un an de prison (art. 113) [5].

1507. Enfin la *sodomie* et la *bestialité* étaient punies du dernier supplice ; toutefois il est à remarquer que les anciens Romains ne frappaient le premier de ces crimes que d'une

1. V. l'art. 224 du Code du Brésil et l'art. 342 du projet de Code de la Louisiane ; ce dernier article est ainsi conçu : « Whoever shall be guilty of seducing a woman of good reputation under a promise of marriage and shall violate his promise, shall be fined not less than one hundred nor more than one thousand dollars and shall be imprisoned not less than one nor more than six months. »

2. Glos. in l. 2, C. de adulteriis ; Damhouderius, cap. 94. n. 4 ; Boërius, quæst. 318. n. 3 ; Farin., quæst. 149, n. 62 ; Julius Clarus, § Incestus, n. 3 ; Menochius, de arbitr. jud. casu 102, n. 9. — Capitul. de Childebert. : Si quis uxorem patris acceperit mortem incurrat (Baluze, t. 1ᵉʳ, p. 11).

3. Farin., quæst. 149, num. 104.

4. *Ibid.*, n. 88, 23 et 96.

5. * * L'art. 173 du Code pénal allemand porte : « Le concubinage entre ascendants et descendants est puni, pour les ascendants, de la réclusion pendant cinq ans au plus, et, pour les descendants, d'un emprisonnement pendant deux ans au plus. — Le concubinage entre alliés en ligne ascendante et descendante et entre frères et sœurs est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus... Seront exempts de peine les parents ou alliés en ligne descendante qui n'auront pas accompli leur dix-huitième année. »

amende de dix mille sesterces [1]. Les empereurs chrétiens établirent la peine de mort, et les expressions que Constantin emploie pour la prononcer sont remarquables : *Jubemus insurgere leges, armari jura gladio ultore ut exquisitis pœnis subdantur infames qui sunt vel qui futuri sunt rei* [2]. Un capitulaire de Charlemagne, qui se réfère à cette loi, ordonne également l'application de la peine de mort : *Scimus quoniam talium criminum patratores, lex romana quæ est omnium humanarum mater legum, igne cremari jubet. Scire enim vos cupimus quia quicumque super his aut faciens aut libenter consentiens inventus fuerit, nos eum juxta prædictam romanam legem velle punire* [3]. Muyart de Vouglans atteste que la disposition de la loi romaine était suivie dans le royaume, et ajoute « que l'usage constant était de le punir de la peine du feu, à l'exemple du châtiment que la justice divine en a tiré [4] ». Jousse rapporte un grand nombre d'arrêts qui avaient appliqué cette peine [5]. Quelques législations modernes ont continué de punir ces abominables actes ; l'art. 113 du Code d'Autriche punit de six mois à un an de prison « l'attentat contre nature ». L'art. 175 du Code allemand prononce la peine de l'emprisonnement (avec privation facultative des droits civiques). La loi anglaise n'a point abrogé ses statuts qui autorisent encore l'application de la peine de mort [6] ; enfin la loi américaine prononce une détention qui peut s'élever jusqu'à dix ans [7].

1. Cicéron, Epist., l. 8, 12 et 14 ; Suétone in Domitiano, cap. 8 ; Quintilien, Inst. orat., l. 4, cap. 2.

2. L. 31. C. ad leg. Jul. de adulteriis ; Nov. 117, de his qui luxuriantur contrà naturam, cap. 1. V. aussi Levit., cap. 18 et 20.

3. Capit. Carol. Magn., add. 4, c. 103. — Et le § 5 des Etablissements de saint Louis, ainsi conçu : « Se aucune est soupçonneux de bougrerie, la justice il doit le prendre et envoyer à l'évesque, et se il en étoit prouvés, l'on le doit ardoir. »

4. Lois crim., p. 244.

5. T. 4, p. 119.

6. By. 9, Georges IV, c. 31, sect. 15.

7. Stat. revis. of New-York, tit. 5, § 20.

1508. Les différents faits que nous venons de parcourir, quelque honteux et coupables qu'ils soient, ont cessé de figurer dans notre législation pénale. Écartés des tribunaux de répression par les lois des 19-22 juillet et 25 septembre-6 octobre 1791, notre Code les a également rejetés de ses dispositions ; le législateur s'est borné à incriminer les actes contraires à la décence qui se produisent en public, les faits de corruption pratiqués sur les mineurs, et les violences commises sur les personnes. C'est à ces actes, en effet, que son action doit se restreindre : ceux-là seuls portent à autrui un dommage visible et appréciable ; seuls ils se manifestent aussi avec un fait matériel que la justice peut saisir. Les autres, accomplis dans le secret, couverts la plupart d'un voile épais, ne troublent point ouvertement la société qui les ignore, et ne portent dommage qu'à leurs auteurs qu'ils dégradent. La justice, d'ailleurs, pourrait-elle les poursuivre sans péril ? Quels scandales ne jailliraient pas de ces poursuites ! Où serait le bien de dévoiler tant de turpitudes cachées, tant de honteux mystères ? La morale est-elle intéressée à ces infâmes révélations ? Le silence de la loi devrait être approuvé, quand il ne serait dicté que par un sentiment de respect pour la pudeur publique ; c'est assez que la justice soit forcée de proclamer le délit, en le punissant, quand le scandale a été public, ou quand la liberté des personnes a été atteinte. Et puis, quelles seraient les conséquences de cette intervention de l'action publique ? Ne serait-ce pas consacrer l'inquisition du magistrat dans la vie privée des citoyens, soumettre à ses investigations leurs actions intimes, ouvrir, en un mot, le sanctuaire du foyer domestique ? La loi a donc procédé avec sagesse en distinguant, parmi les actes immoraux, ceux qui, tout en révélant des habitudes licencieuses, ne produisent pas une offense directe sur autrui, et ceux qui tendent à produire ou qui produisent en effet sur les autres un préjudice appréciable. Les premiers ont dû être laissés à la seule réprobation de la conscience et de l'honnêteté publique, et la loi n'a sévi que contre les actes que la société avait un véritable intérêt à punir. Seulement l'agent sera puni avec plus de rigueur, si l'attentat aux mœurs, que la loi prévoit, est

un de ces actes infâmes que les anciens regardaient comme un crime.

1509. Les lois de 1791 n'avaient prévu que l'attentat public aux mœurs, la corruption de la jeunesse et le viol. Notre Code a porté plus loin sa prévoyance : les faits qu'il a prévus sont l'outrage public à la pudeur, l'excitation à la débauche de la jeunesse, l'attentat à la pudeur commis sans violence sur les enfants de moins de onze ans (treize ans, depuis la loi de 1863), l'attentat à la pudeur tenté ou consommé avec violence, le viol, enfin l'adultère. Ces différents délits ou crimes seront successivement l'objet de notre examen.

1510. L'art. 330 du Code pénal est ainsi conçu : « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de seize à deux cents francs [1]. »

Le Code pénal n'avait porté le maximum de la peine qu'à un an. La loi du 13 mai 1863 l'a élevé à deux ans. Cette aggravation, qui n'avait point été proposée dans le projet de loi, est motivée dans le rapport de la commission en ces termes : « Cette limite rend impossible l'application de la récidive à la réitération des outrages publics à la pudeur. Rien n'explique une disposition qui, sans intention peut-être, excepte d'une juste sévérité des faits dont il importe de prévenir le renouvellement et qui sont plus dangereux et plus punissables que la plupart de ceux auxquels les peines de la récidive sont applicables. C'est pour obvier à cet inconvénient que, tout en maintenant à trois mois mois le minimum de la peine, nous avons proposé de porter le maximum à deux ans. »

1511. Les deux éléments du délit résultent clairement de ces termes : il faut, pour le constituer, qu'un *outrage à la pudeur* ait été commis, que ce fait ait été commis *publiquement*.

La loi n'a point défini l'outrage à la pudeur ; cette défini-

1 ** Le Code pénal allemand (art. 183) punit de l'emprisonnement pendant deux ans au plus, avec privation facultative des droits civiques, « quiconque occasionnera un scandale public par un outrage à la pudeur. »

tion n'était point, en effet, exempte de difficultés ; ce délit peut se produire de mille manières et revêtir mille formes diverses. Vainement, peut-être, essayerait-on de le renfermer dans des termes invariables et précis. Mais, à défaut d'une définition, nous devons tâcher d'en déterminer les caractères généraux.

1512. M. Monseignat, dans son rapport au Corps législatif, disait : « Il est au moins superflu de signaler ces délits en détail. N'est-il pas d'ailleurs facile de reconnaître les familiarités que la civilisation excuse, les discours que la galanterie tolère, les libertés que la mode autorise, de ne pas les confondre avec les expressions grossières, les attitudes éhontées et l'étalage de la corruption, l'absence ou la licence des vêtements, l'oubli des principes et du but de la nature, et tous les outrages à la pudeur et l'honnêteté publiques ? » Ces paroles, en traçant quelques-uns des faits qui forment le délit d'outrage à la pudeur, ont laissé échapper une grave inexactitude : les *expressions grossières* ne peuvent, dans aucun cas, constituer ce délit ; l'outrage par paroles constitue un délit d'une autre nature, punissable, comme l'injure, d'après les règles d'une autre législation ; ce délit est prévu par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819, qui punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 500 francs, *tout outrage aux bonnes mœurs* commis *par l'un des moyens énoncés en l'art.* 1er de cette loi, c'est-à-dire par des discours ou des écrits[1]. L'outrage prévu par l'art. 330 est donc un outrage *par action*, il faut un fait matériel pour le constituer[2]. La Cour de cassation l'avait déjà jugé ainsi sous l'empire de l'art. 8 du titre 2 de la loi du 19-22 juillet 1791, reproduit par l'art. 330 ; elle avait déclaré : « que cet article ne peut s'entendre de simples injures, quelque outrageantes, quelque

1. * * Cette disposition a été remplacée par l'art. 28 de la loi du 29 juillet 1881, qui prononce contre l'outrage aux bonnes mœurs commis par l'un des moyens énoncés en l'art. 23 un emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 16 à 2,000 fr.

2. V. dans le même sens Carnot, Comment. sur cet article, t. 2, p. 101, n. 5.

grossières qu'elles soient, mais d'actions ou gestes attentatoires à la pudeur des femmes [1]. » La même règle n'a pas cessé de dominer la loi.

Toutefois les dernières expressions de cet arrêt nous portent à remarquer que la loi du 19-22 juillet 1791 ne punissait que l'outrage public à la pudeur *des femmes*. L'art. 330 a supprimé ces derniers mots, et par conséquent il a détruit sa restriction ; il n'est plus nécessaire que l'outrage ait eut pour but ou pour effet de blesser la pudeur des femmes en particulier; il suffit qu'il ait été de nature à blesser la pudeur en général.

Il ne résulte aucune dérogation à cette première règle d'un arrêt qui a fait application de l'art. 330 au fait de se permettre, dans un chemin public, des attouchements indécents, en même temps que des propos lubriques, sur des femmes que l'auteur de ces faits y avait rencontrées. La question était de savoir si ces actes constituaient un attentat ou un outrage public à la pudeur ; et l'arrêt décide : « que ces faits n'ont certainement pas assez de gravité pour constituer un crime d'attentat à la pudeur ; qu'ils présentent seulement les éléments d'un outrage à la pudeur qui a un caractère suffisant de publicité comme ayant eu lieu sur un chemin public [2]. »

1513. Le caractère distinctif de l'outrage est de causer un scandale, faire rougir la pudeur, choquer l'honnêteté de ceux qui en sont les témoins. Il n'est point, comme l'attentat, accompagné de violences : il offense la pudeur publique, il n'attente à celle d'aucune personne en particulier [3]. C'est une action éhontée, un acte impudique ; ce n'est point une attaque contre les personnes. Montesquieu a parfaitement indiqué la nature de cette action : *elle est moins fondée sur la méchanceté que sur l'oubli ou le mépris de soi-même* [4]. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle ait blessé la pudeur ou

1. Cass., 30 niv. an XI, S.1.711 ; Journ. du palais, 3e édit., tome 3, p. 116.

2. Cass., 1er déc. 1848, S. V.49.1.343.

3. Cass., 5 juill. 1838, Journ. du dr. crim., 1838, p. 382.

4. Esprit des lois, liv. IX.

l'honnêteté d'une personne quelconque ; il suffit que l'acte soit de nature à soulever par son cynisme l'indignation de ceux qui, même fortuitement, auraient pu l'apercevoir.

Ce caractère particulier du délit a été clairement reconnu par la Cour de cassation. Un homme et une femme avaient été surpris par une ronde de nuit dans la rue *in rebus Veneris*. Traduits devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'outrage public à la pudeur, ils furent renvoyés de la poursuite, par le motif que le fait constaté ne constituait pas ce délit. La Cour de cassation a annulé ce jugement, en déclarant « que les outrages à la pudeur, prévus et punis par l'article 330, sont ceux qui, n'ayant pas été accompagnés de violence ou de contrainte, n'ont pu blesser la pudeur de la personne sur laquelle des actes déshonnêtes peuvent avoir été exercés, qui n'ont ainsi pu offenser que les bonnes mœurs, mais qui, par leur licence et leur publicité, ont dû être l'occasion d'un scandale public pour l'honnêteté et la pudeur de ceux qui fortuitement ont pu en être les témoins [1]. » La solution eût été évidemment contraire si la publicité du lieu avait été déniée [2]. On lit, au reste, dans plusieurs arrêts : « que les outrages à la pudeur, prévus et punis par l'art. 330, sont des délits qui, par leur licence et leur publicité, sont de nature à blesser l'honnêteté de ceux qui, même fortuitement, en ont été les témoins [3]. »

1514. Il importe cependant que la culpabilité de l'agent soit constatée. Les actes qui constituent un outrage à la pudeur sont de deux sortes : les uns, par leur cynisme et leur immoralité, emportent, par le seul fait de leur existence matérielle, la preuve de l'intention impudique qui a animé l'agent. Les autres ne blessent pas eux-mêmes l'honnêteté et la décence et ne deviennent répréhensibles que lorsque l'agent, par le mode et les circonstances de leur perpétration, et surtout par l'intention qui le dirige, en fait un sujet de scandale. L'élément intentionnel, condition nécessaire du délit, est ici

1. Cass., 26 mars 1813, Dev.4.312 ; J.P.2.241.
2. Cass., 2 janv. 1846, S.-V.46.1.304.
3. Cass., 2 avril 1859, Bull. n. 88 ; 18 mars 1858, Bull. n. 95.

l'immoralité même de l'action, soit qu'elle réside dans l'action elle-même ou dans les faits extérieurs de sa perpétration. Ce point a été formellement reconnu dans un arrêt de la Cour de cassation qui a rejeté un pourvoi du procureur général près la Cour d'appel d'Angers : « attendu que le fait imputé au prévenu consistait à s'être baigné dans la Loire en état de complète nudité ; que l'arrêt attaqué, appréciant les faits et les circonstances résultant de l'instruction et des débats, a déclaré que, si le fait matériel existait, la preuve de l'intention chez le prévenu de braver ou d'offenser la pudeur publique n'était pas rapportée ; que, dans cet état des faits souverainement appréciés par elle, la Cour d'Angers, en décidant que l'élément intentionnel écarté, il n'existait pas de délit punissable, loin de violer l'art. 330, en a fait une saine application [1]. »

1515. La deuxième condition du délit est qu'il ait été commis *publiquement* : cette publicité est la base essentielle de son existence : le même acte, commis hors des regards du public, est innocent aux yeux de la loi, et peut l'être même aux yeux de la conscience ; c'est sa publicité qui le rend coupable, car c'est par elle seulement qu'il offense la décence et les mœurs. Il est donc nécessaire que cette circonstance soit formellement déclarée par le jugement ; la peine ne serait

1. Cass., 6 oct. 1870, Bull. n. 174 — ** La Cour suprême paraît s'écarter de cette doctrine dans un plus récent arrêt (28 avril 1881 ; Bull. n. 108), en décidant : « Que le but que s'est proposé le législateur, en édictant l'art. 330 du Code pénal, serait presque toujours manqué si cette disposition ne devait être appliquée que lorsque l'auteur de l'outrage à la pudeur aurait eu l'intention de le rendre public ; que cette intention n'est pas une des conditions du délit ; qu'en effet, la loi pour protéger l'honnêteté publique et empêcher le scandale, punit le vice, soit qu'il se montre avec effronterie, soit même qu'il néglige de se cacher ; que cette négligence suffit pour établir la culpabilité de l'agent, parce qu'à elle seule elle révèle chez lui le mépris de la pudeur publique ; que le délit d'outrage public à la pudeur existe indépendamment de toute volonté d'affronter la publicité, par cela seul qu'on n'a pas fait tout ce qui était nécessaire pour l'éviter. »

pas légalement appliquée si le tribunal ou le jury ne l'avait pas reconnue[1].

1516. Mais quel est le caractère de cette publicité? Est-il nécessaire que l'outrage ait été commis dans un lieu public? Est-il nécessaire du moins qu'il ait été commis à la vue d'une ou de plusieurs personnes?

Il faut poser, en premier lieu, comme une règle générale, que la loi, ne faisant aucune distinction entre les divers modes de publicité, les admet tous également. Telle est aussi la décision de la Cour de cassation, qui a déclaré « que la disposition de l'art. 330, sur le caractère de publicité de l'outrage, s'énonce d'une manière générale et absolue; qu'il se réfère conséquemment à tous les genres de publicité que l'outrage à la pudeur est susceptible d'avoir, soit par le lieu où il est commis, soit par les autres circonstances dont il est accompagné[2]. » Mais cette règle a besoin elle-même de quelques explications.

Et d'abord il ne faut pas confondre d'une manière absolue la publicité que « les lois sur la presse exigent » pour incriminer les provocations verbales, et la publicité nécessaire pour élever l'outrage à la pudeur au rang des délits. L'art. 1er de la loi du 17 mai 1819[3] limite, en les définissant, les caractères de la publicité qu'il prescrit: il faut que *les discours ou les cris* aient été *proférés dans les lieux publics ou réunions publiques*. L'art. 330 se borne à déclarer que l'outrage doit avoir été public. Dans le premier cas, la provocation suppose nécessairement une ou plusieurs personnes auxquelles elle s'adresse: *quod non in cœtu nec vociferatione dicitur, convicium non propriè dicitur*[4]. Le délit naît précisément des effets probables de la parole sur les auditeurs. Dans le deuxième cas, au contraire, le délit consiste entièrement dans la perpétration publique d'un acte contraire aux mœurs; la

1. Cass., 18 flor. an IX, S.1.462; Journ. du pal., t. 2, p. 181; 9 nov. 1820, Bull. n. 142.
2. Cass., 22 fév. 1828, Bull. n. 48.
3. ** Et il en est de même de l'art. 23 de la loi du 29 juill. 1881.
4. L. 15, § 12, Dig. de injuriis et famosis libellis.

présence des témoins aggrave le délit, mais n'est pas essentielle à son existence. Les conditions de la publicité sont donc plus rigoureuses dans la première hypothèse que dans la seconde. Le cercle est plus restreint, la loi plus exigeante; cette différence encore inaperçue était essentielle à remarquer, parce qu'on invoque trop souvent en cette matière les décisions de la jurisprudence relatives à la publicité des discours et des paroles sans se placer au point de vue de la loi qu'elles appliquent.

1517. L'outrage est *public*, soit lorsqu'il se commet dans un lieu public, soit lorsque, commis hors de ce lieu, il a pu être vu du public.

Un lieu est *public* lorsqu'il est accessible aux citoyens ou à une classe de citoyens, soit d'une manière absolue et continuellement, soit en remplissant certaines conditions d'admissibilité et à des époques déterminées.

Sont *publics* d'une manière absolue les rues, les places, les chemins. Lorsque l'outrage est commis dans l'un de ces lieux, la publicité résulte de la nature du lieu. Ainsi il est indifférent que l'outrage ait été vu par plusieurs personnes ou par une seule[1]; que cet outrage ait été commis pendant le jour ou pendant la nuit, « puisque le passage et la circulation dans les rues sont de droit et souvent d'usage la nuit comme le jour[2]. » Le délit consiste dans le fait d'avoir commis un acte impudique dans un lieu où cet acte pouvait être aperçu, dans la dépravation morale et le mépris de soi-même que suppose cet acte matériel.

Les lieux qui ne sont publics qu'à certaines conditions et par intervalles sont ceux qui le deviennent lorsqu'on les applique à l'usage du public ; ils acquièrent et conservent ce caractère pendant tout le temps qu'ils sont accessibles. Tels sont les cabarets et auberges pendant le temps qu'ils sont ouverts[3], les salles de spectacle et les lieux où l'on peut entrer

1. Cass., 2 juill. 1812, Bull. n. 160, Dev.4.143.
2. Cass., 26 mars 1813, Bull. n. 58. Dev.4.311.
3. Cass, 19 fév. 1825, Bull. n. 30; S.8.50; 11 juin 1831, Bull. n. 131.

en payant pendant le cours du spectacle ou de la réunion [1], les églises [2] lorsqu'elles sont ouvertes à tous les fidèles, les écoles, les cours publics pendant la durée des classes et des cours [3], les tribunaux pendant leurs audiences [4], les greffes pendant qu'ils sont ouverts [5], les administrations publiques pendant les heures d'ouverture des bureaux [6].

1518. Quelques difficultés peuvent s'élever, dans cette catégorie, sur le caractère de certains lieux. La Cour de cassation a décidé, en ce qui concerne les presbytères : « que les lieux publics ne sont que ceux destinés à la réunion du public ou à l'usage de tous les particuliers ; que le presbytère ou la maison occupée par le curé ou par le prêtre desservant de la paroisse, n'est destiné qu'à son logement ou à celui de sa famille, et non pas à l'exercice de son ministère ; que cette habitation est pour le desservant un lieu prêté dont il jouit pour ses usages personnels, qu'il peut ouvrir ou fermer à sa volonté, et qui n'a, sous aucun rapport, le caractère d'un lieu public [7]. « La même décision a été étendue aux boutiques des marchands [8], à la maison où le juge de paix tient ses audiences, aux jours et heures où il ne les tient pas [9], à l'étude d'un notaire, hors le cas où il s'y fait une adjudication [10], au cabinet d'un courtier de commerce [11], à l'intérieur d'une diligence [12], à l'allée ouverte d'une maison [13].

1. Cass., 2 juill. 1812, Bull. n. 160 ; S.-V.4.143.

2. Cass., 2 août 1816, Bull. n. 51 ; Dev.5.224.

3. Cass., 9 nov. 1832, Bull. n. 440 ; Dev.32.1.741.

4. Cass., 19 nov. 1829, Dall., 1829.414 ; — mais non en chambre du conseil, Cass., 15 déc. 1806, Dall., Coll., t. 11, p. 97 ; ni à huis clos, 2 août 1832 ; Dall.1833.347.

5. Cass., 22 août 1828, Bull. n. 244 ; Dev.28.1.337.

6. Cass., 4 août 1826. Bull. n. 151.

7. Cass., 2 août 1816, Bull. n. 51 ; Dev.5.224.

8. Cass., 15 mars 1832, Dev.32.1.669.

9. Metz, 18 oct. 1817, Dev.5.328 ; Dall.11.106 ; Riom, 24 déc. 1829, Dall. 1130.2.116.

10. Bourges, 22 juill. 1836, cité par M. Chassan, t. 1er, p. 45.

11. Cass., 29 nov. 1833, Dall.34.1.34.

12. Cass., 27 août 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 257.

13. Cass., 26 mai 1853, Bull. n. 186.

Quelques-unes de ces solutions peuvent donner lieu à des observations. Les boutiques, surtout quand elles sont fermées, ne peuvent être réputées des lieux publics, dans le sens « des lois de presse », mais elles peuvent prendre ce caractère, dans le sens de l'art. 330, quand elles sont accessibles aux regards du public. Ainsi, on lit dans un arrêt « qu'il résulte des constatations que c'est dans la boutique d'un charpentier que le prévenu s'est livré, sur la personne d'une jeune fille, à l'acte de lubricité brutale qui sert de base à la poursuite; que cette boutique était accessible au public ; que d'ailleurs les fenêtres donnant sur la cour étaient ouvertes, et que de la rue on pouvait sans obstacle pénétrer dans cette cour, dont la porte reste constamment ouverte pour donner accès au public ; qu'en matière d'outrage à la pudeur, la publicité existe non-seulement au cas où l'acte immoral a été vu par une ou plusieurs personnes, mais aussi lorsqu'il a été offert aux regards du public, et que, par la nature du lieu où il a été commis, il a pu être aperçu même fortuitement ; que dès lors, en déclarant que les faits présentaient le caractère d'outrage public à la pudeur, l'arrêt n'a pas violé l'art. 330 [1]. »

1519. Une autre décision réclame aussi quelques mots. Il s'agissait de propos diffamatoires tenus dans une voiture publique en présence de trois voyageurs. La Cour d'appel avait jugé, en fait, que ces propos n'avaient pas été *proférés* dans le sens de l'art. 1er de la loi du 17 mai 1819 ; la Cour de cassation a donc dû rejeter le pourvoi du ministère public, et elle a pu même décider, en principe, qu'une diligence n'était pas un lieu public dans les termes et l'esprit de cette loi [2]. Mais il nous semblerait difficile d'étendre cette décision aux outrages à la pudeur, pour lesquels la loi n'a prescrit aucun mode spécial de publicité. Or, une voiture publique est un lieu ouvert à tous moyennant rétribution, accessible dès lors au public comme les salles de spectacle, les bals publics et les cabarets. A la vérité, le nombre de personnes qui peuvent

1. Cass., 23 déc. 1858, Bull. n. 317 ; 11 nov. 1869, n. 227.
2. Cass., 27 août 1831, cité *suprà*, p. 212.

y contenir est restreint, et cette circonstance peut influer sur la publicité des discours. Mais elle est indifférente, comme nous l'avons dit, pour la publicité des actes immoraux. Comment admettre que dans une voiture publique, où la réunion des voyageurs est forcée, où cette réunion est uniquement fondée sur le paiement de leurs places, l'un d'eux puisse impunément commettre aux yeux des autres un acte contraire à la pudeur ? Est-ce donc là un acte de la vie privée ? L'agent est-il protégé par le sanctuaire de son domicile ? N'outrage-t-il pas, autant qu'il est possible de le faire, les regards et les sentiments honnêtes des personnes qui l'accompagnent ? Et la présence de ces personnes n'est-elle pas uniquement motivée sur ce qu'ils se trouvent les uns et les autres dans un lieu accessible à tous ? Nous n'hésitons donc point à penser que l'intérieur d'une voiture publique, qu'occupent plusieurs voyageurs, est un lieu public dans le sens de l'article 330 [1].

1520. Dans cette deuxième classe de lieux publics, comme dans la première, la perpétration de l'outrage suffit pour constituer le délit ; seulement il faut que cette perpétration ait eu lieu pendant qu'ils étaient ouverts et accessibles, c'est-à-dire pendant qu'ils avaient un caractère public. Ainsi, l'outrage commis dans une église ouverte, dans une salle de spectacle pendant que le public y est assemblé, dans un café, constitue le délit, lors même qu'il n'aurait été vu que d'un petit nombre de personnes et même d'une seule. La loi, nous l'avons déjà remarqué, ne punit pas seulement le scandale, elle punit le fait immoral qui a pu l'occasionner. Mais encore faut-il qu'il ait pu l'occasionner. Dans une espèce ou l'arrêt qui condamnait les prévenus se bornait à constater « qu'ils avaient été vus se livrant à des actes honteux de débauche dans un lieu non public ni accidentellement ouvert aux regards du public, » la cassation a été prononcée, « attendu que le caractère essentiel du délit est la publicité ; que la loi, qui veut protéger l'honnêteté publique et empêcher le scandale, punit le vice, soit qu'il se montre avec effronterie,

1. ** V. en ce sens Cass., 21 nov. 1879 ; Bull. n. 202.

soit même qu'il néglige de se cacher; mais qu'il est nécessaire, pour que la peine soit encourue, que l'acte immoral ait été offert aux regards du public; que, soit par la nature du lieu où il se commet, soit par une circonstance accidentelle, il ait pu être aperçu même fortuitement; qu'il n'en peut être ainsi d'un acte, quelque honteux qu'il soit, qui a pu n'être vu que par hasard ou même être épié par indiscrétion, sans qu'aucune circonstance extérieure, constitutive de la publicité, révèle chez l'auteur du fait le mépris de la pudeur publique [1]. »

1521. Cette distinction importante doit servir à résoudre plusieurs questions délicates. Un outrage à la pudeur est commis dans une auberge : il faut distinguer, pour apprécier ce fait, dans quel lieu de l'auberge. Chaque chambre, lorsqu'elle est louée, cesse d'être un lieu public : elle cesse d'être ouverte à tout le monde, de faire partie de l'auberge; elle devient une chambre privée. Il n'y a, à proprement parler, que les salles communes qui soient publiques, et ce n'est que par une fiction démentie par les faits que cette chambre pourrait être réputée publique par cela seul qu'elle est dépendante de l'auberge qui est un lieu public. De là il suit que les actes contraires à la pudeur qui seraient commis dans une chambre louée, lorsqu'elle n'est pas ouverte, ne tombent pas sous les termes de la loi, lors même que quelque circonstance accidentelle, et qui ne pouvait être prévue, a permis de les voir ou de les entendre.

Il en est encore ainsi des mêmes actes qui seraient commis, non dans une voiture publique, mais dans une voiture privée, même louée à la course ou à l'heure, et circulant sur la voie publique. L'outrage qui y a été commis est punissable si la voiture était ouverte : c'est ce qui a été jugé par un arrêt qui porte : « qu'il est constaté par le jugement attaqué que le véhicule dont il s'agit était ouvert de manière que les personnes fréquentant la route publique sur laquelle cette voiture circulait, ont pu voir les faits indécents et contraires à l'honnêteté publique dont le prévenu s'est rendu coupable

1. Cass., 10 août 1854, Bull. n. 255.

envers la jeune fille ; d'où il suit que la publicité de l'outrage fait à la pudeur est suffisamment établie [1]. » Mais si la voiture est fermée, le délit s'efface. C'est ce qui a été reconnu par un autre arrêt portant : « que l'omission de déclarer que les actes pratiqués dans des voitures circulant sur la voie publique aient pu être aperçus du public, rend insuffisante la constatation de la publicité [2]. »

Cette interprétation a été appliquée aux actes commis dans les wagons des chemins de fer. Le rejet d'un pourvoi fondé sur ce que la publicité n'était pas suffisamment constatée, est motivé en ces termes : « attendu qu'en matière d'outrage à la pudeur, la publicité existe, non-seulement lorsque l'acte immoral a été commis dans un lieu public, mais aussi lorsqu'il a été offert aux regards du public, ou que, par l'effet des circonstances qui l'ont accompagné, il a pu être aperçu du public, même fortuitement; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le prévenu, employé du chemin de fer, se trouvant seul avec une jeune fille de 13 ans et demi, dans un compartiment dont les glaces étaient baissées, s'est livré à plusieurs reprises sur la personne de celle-ci, à des actes obscènes ; qu'on pouvait voir du dehors ce qui se passait dans l'intérieur du wagon et que les actes incriminés ont pu être aperçus du public, sur un ou plusieurs points du trajet ; qu'en tirant de l'ensemble de ces faits la conséquence que l'outrage à la pudeur avait le caractère prévu par l'art. 330, la Cour n'a fait qu'une saine application de la loi [3]. »

1522. Nous avons dit que l'outrage était public, non-seulement lorsqu'il était commis dans un lieu public, mais encore lorsque, commis hors d'un lieu de cette nature, il avait pu frapper les regards du public. En effet, la loi admet tous les genres de publicité : or, une réunion publique peut être convoquée dans un lieu privé ; et d'un autre côté, un fait peut être commis même dans un lieu privé, et hors d'une réunion

1. Cass., 23 fév. 1856, Bull. n. 83.
2. Cass., 26 mai 1853, Bull. n. 186.
3. Cass., 19 août 1869, Bull. n. 195.

de manière à être aperçu du public ; dans l'un et l'autre cas, ce fait, soit qu'il ait été commis dans une réunion publique, soit qu'il ait été commis en vue du public, n'est-il pas public? La publicité se puise dans toutes les circonstances qui peuvent rendre plusieurs personnes faisant partie d'une réunion publique, ou fortuitement placées sur la voie publique, témoins du fait ; qu'importe donc que ce fait soit commis à une fenêtre ouvrant sur la rue ou dans cette rue même, dans un champ près duquel passe un chemin ou dans ce chemin ; enfin, dans une réunion publique tenue dans une maison privée, ou dans la même réunion rassemblée dans une maison publique ? Dans ces diverses hypothèses, la publicité n'est-elle pas la même ? L'acte, dès lors, n'est-il pas empreint du même caractère ?

La Cour de cassation n'a pas cessé de maintenir cette règle, soit en ce qui concerne les provocations verbales, soit en l'appliquant aux outrages à la pudeur. Elle a jugé, dans la première hypothèse : « que la publicité ne résulte pas seulement de ce qu'un fait s'est passé dans un lieu public, mais que cette publicité existe encore lorsque le fait a eu lieu dans une réunion publique ; qu'en effet, une réunion, quoique formée dans un lieu non public, peut devenir publique, soit par le concours d'un grand nombre de personnes que rassemblent ou l'intérêt ou la curiosité, ou même un danger commun, soit par la présence des autorités locales appelées par la voix publique ou par des réclamations particulières, soit enfin par toute autre circonstance que la loi n'a pas spécifiée et dont elle a laissé aux juges l'appréciation [1]. » Appliquant le même principe par un autre arrêt, elle a encore jugé que l'exposition d'un signe séditieux faite sur une maison d'habitation, mais dans un lieu apparent et exposé par sa situation aux regards du public, devait être considérée comme publique [2].

La même Cour a ensuite étendu cette règle aux outrages à la pudeur, en décidant que l'outrage commis dans

1. Cass., 26 janv. 1826, Bull. n. 19.
2. Cass., 20 sept. 1832, Dall.33.1.75.

un champ, mais à la vue de quelques personnes, était un outrage public; le jugement qui avait refusé de lui reconnaître ce caractère a été annulé : « attendu que, dans l'espèce, en spécifiant les circonstances desquelles il résultait que l'outrage à la pudeur avait été vu par quelques personnes, le jugement attaqué a décidé qu'il n'avait pas le caractère de publicité énoncé par l'art. 330, parce qu'il n'avait pas été commis dans un lieu public; qu'ainsi ce jugement a exclusivement restreint la publicité de l'outrage à celle du lieu où il serait commis[1]. »

1523. Un lieu privé par sa nature peut même, sous ce rapport, donner lieu à la publicité de l'action, quand il est accessible aux regards, et que toutes les précautions n'ont pas été prises pour céler les faits honteux qui s'y passent. Il était reconnu par un arrêt : « que le prévenu aurait été vu par ses voisins, de la maison qu'ils habitent, se livrant, en plein jour, à la fenêtre de sa chambre toute grande ouverte, à l'acte honteux qui a motivé la poursuite ; que c'est sans le chercher et par la seule disposition des localités que ces témoins déclarent avoir été spectateurs de ces actes, comme l'auraient pu être également tous ceux qui seraient venus dans leur maison. » La Cour de cassation a jugé que ces faits ainsi précisés peuvent impliquer la publicité dans le sens de l'art. 330: « attendu qu'en effet, la disposition de cet article sur le caractère de la publicité l'énonce d'une matière générale et absolue ; qu'elle se réfère à tous les genres de publicité que l'outrage est susceptible d'avoir; qu'il n'est pas essentiel que le lieu où l'acte immoral s'est accompli et celui d'où il a été aperçu soient publics ou séparés par une rue, place ou autre voie publique[2]. » Dans une autre espèce, des scènes honteuses qui se passaient à l'intérieur d'une maison avaient été aperçues par des individus qui se trouvaient sur la voie publique, et bien que certaines précautions eussent été prises contre la publicité, ces précautions avaient été insuffisantes; il a été décidé : « que s'il résulte de là que la publicité a été

1. Cass., 22 fév. 1828, Bull. n. 48 ; 19 juill. 1845, Bull. n. 235.
2. Cass., 2 avril 1859, Bull. n. 88.

plus restreinte qu'elle n'aurait été autrement, elle n'en reste pas moins constante et imputable aux prévenus, à raison de l'insuffisance des précautions par eux prises et eu égard à la situation des lieux par rapport à la voie publique[1]. »

1524. Toutefois il est nécessaire, dans ces différentes hypothèses, qu'il y ait une possibilité certaine de publicité. Un arrêt avait décidé « que les actes, objet de la poursuite, s'étaient passés dans l'intérieur d'une maison, sur une partie de l'escalier qui n'était en vue ni de la voie publique, ni des maisons du voisinage, et hors la présence des témoins. » La Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « attendu que les faits ainsi constatés sont exclusifs de toute publicité et que, par suite, en renvoyant le prévenu des fins de la plainte, l'arrêt attaqué a sainement interprété l'art. 330[2]. » Le rejet d'un autre pourvoi est encore motivé sur ce que « les actes de débauche constatés par l'arrêt attaqué ont eu lieu dans la chambre de l'un des prévenus ; que cette chambre était close et que personne n'a vu ni pu voir du dehors ce qui s'y passait ; que l'unique témoin qui ait assisté à la scène était venu dans cette chambre par un motif particulier, appelé par l'un des prévenus pour faire leurs commissions, et que, si la pudeur de ce jeune apprenti a pu être offensée, il n'en résulte pas que celle du public l'ait été également[3]. » Un autre arrêt[4] déclare encore : « que s'il est vrai qu'en matière d'outrage à la pudeur, la publicité peut résulter de la nature des lieux où il s'accomplit ; que s'il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il a été perpétré dans les rues, sur les places et autres voies publiques, fût-ce même la nuit et loin des regards de tout témoin, il n'en peut être de même à l'égard de certains lieux qui ne sont publics qu'à des heures déterminées, comme une salle d'école, une salle de spectacle ; qu'il est constaté qu'au moment où la jeune fille, élève de l'inculpé, a pu être outragée, l'heure de la classe était passée ; que cette jeune fille avait

1. Cass., 18 mars 1858, Bull. n. 95.
2. Cass., 7 nov. 1863, Bull. n. 259.
3. Cass., 23 avril 1869, Bull. n. 95.
4. Cass., 1er mai 1863, Bull. n. 134 ; 3 mars 1864, Bull. n. 55.

été sous un faux prétexte retenue, seule avec le maître, dans l'intérieur de la salle d'école, que l'arrêt ajoute qu'on ne saurait douter que ce dernier avait pris soin de fermer les portes ; que l'outrage n'avait eu aucun témoin ni frappé les yeux de personne ; que l'outrage manquait donc de la publicité [1]. »

1525. Les éléments du délit se résument donc à ceux-ci : il faut qu'un outrage à la pudeur ait été commis, et cet outrage ne peut résulter que d'un fait matériel ; il faut, en second lieu, que cet outrage ait été public, et cette publicité se puise soit dans la nature publique du lieu de sa perpétration, soit

1. * * Jugé encore que, lorsque l'acte immoral s'est accompli dans un lieu qui n'était pas public de sa nature et qu'un tiers n'en a été témoin que par suite d'une circonstance accidentelle que les prévenus n'avaient pu prévoir, c'est avec raison que les juges du fait renvoient les prévenus de la poursuite (Cass., 5 juin 1874; Bull. n. 158). — Mais la publicité constitutive du délit peut résulter de la pluralité des victimes de l'outrage qui en sont tour à tour objet et témoins, comme l'a jugé la Cour suprême dans un arrêt du 4 août 1877 (Bull. n. 184 ; S. 1878. 1. 134, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général Lacointa), arrêt qui résume et précise ainsi les principes de la matière : « Attendu qu'il est de jurisprudence qu'un outrage à la pudeur devient public par le seul fait de la publicité inhérente au lieu où il a été commis, alors même qu'il n'aurait été vu par aucun témoin ; qu'il est également constant qu'il revêt ce caractère lorsque, accompli dans un lieu privé, il a pu être aperçu par des tiers, à défaut de précautions suffisantes prises par ses auteurs pour le tenir secret ; que, dans la cause, la femme et la fille Gros, assaillies dans leur demeure, ont été tour à tour victimes et témoins des outrages infligés par le prévenu à la pudeur de chacune d'elles ; que la mère, à peine échappée aux attouchements lubriques de ce dernier, a perçu distinctement les honteuses pratiques exercées sur sa fille, comme celle-ci avait constaté elle-même les actes impudiques dont sa mère venait d'être l'objet ; qu'ainsi la pudeur de l'une et de l'autre a été successivement blessée par le spectacle que le prévenu les a forcées de subir ; qu'il importe peu que ce spectacle leur ait été donné à l'intérieur du local où elles se trouvaient réunies ; qu'aucune différence ne saurait être rationnellement établie entre ce cas et celui où l'une des deux venant du dehors aurait été inopinément frappée des actes immoraux commis sur l'autre au dedans. » — Ce dernier motif n'est peut-être pas en harmonie parfaite avec la doctrine de l'arrêt ci-dessus rapporté du 5 juin 1874, non plus qu'avec celle d'un précédent arrêt du 8 novembre 1872 ; Bull. n. 261.

dans les circonstances qui l'ont accompagné. Le jugement doit donc nécessairement, et à peine de nullité, constater ces deux caractères essentiels. La loi, du reste, ne fait aucune distinction soit entre les sexes, soit entre les professions des prévenus. Nous ne saurions donc partager complétement l'opinion émise par un magistrat, que l'art. 330 est applicable aux filles publiques qui *accostent* et *sollicitent* un homme sur la voie publique ; il en serait autrement s'il y avait un acte matériel commis par elles sur la voie publique ; et, par exemple, si la fille publique, ne se bornant pas à des paroles indécentes, avait tenté d'entraîner sa victime [1], cet acte aurait tous les caractères d'un outrage à la pudeur dans le sens de la loi ; s'il n'y avait que des paroles provoquantes, elles rentreraient alors dans l'application de la loi du 17 mai 1819 [2].

1526. On doit mentionner en terminant ce chapitre, parce qu'elle tend à fixer les caractères du délit d'outrage public à la pudeur, la jurisprudence qui admet la poursuite de ce délit contre l'accusé d'attentat à la pudeur qui a été acquitté de cette accusation. Jacques Fromentin, accusé de tentative de viol commise sur un chemin public, ayant été acquitté, a été cité en police correctionnelle sous la prévention d'avoir, à raison du même fait, commis le délit d'outrage public à la pudeur. Il a invoqué la maxime *non bis in idem ;* mais le jugement qui lui en avait fait l'application a été cassé : « attendu que cette nouvelle poursuite, quoiqu'elle soit fondée sur le même fait, ne repose pas cependant sur les mêmes éléments matériels ; que, d'une part, en effet, les faits d'attentat et de violence sont un élément nécessaire des crimes de tentative de viol et d'attentat à la pudeur, et que, d'une autre part, la publicité, qui est un élément nécessaire de l'outrage à la pudeur, est une circonstance étrangère à la qualification des deux crimes ; qu'il suit de là que la déclaration négative du jury n'a point statué sur le fait au point de vue du délit

1. Encyclopédie du droit, v° *Attentat aux mœurs*, par M. de Lapalme.
2. * * Aujourd'hui de la loi du 29 juillet 1881.

d'outrage public à la pudeur[1]. » La Cour d'Angers, à laquelle l'affaire a été renvoyée, ayant statué comme les premiers juges, les chambres réunies de la Cour de cassation ont été saisies de la question, et ont confirmé l'arrêt de la chambre criminelle[2]. C'est là, au surplus, une question de chose jugée qui rentre dans le domaine de l'instruction[3].

1. Cass., 23 fév. 1855, Bull. n. 60.

2. Cass., ch. réun., 3 nov. 1855, Bull. n. 347, et Cass., 10 janv. 1857, Bull. n. 21 ; 19 juill. 1863, n. 201 ; 19 déc. 1867, n. 260, etc.

3. V. notre Traité de l'instr. crim., t. 2, n. 1012 et suiv.

CHAPITRE LV.

DE L'EXCITATION A LA DÉBAUCHE ET A LA CORRUPTION DES MINEURS.

(Commentaire des art. 334 et 335 du Code pénal.)

1527. Caractère particulier de cette incrimination.
1528. Éléments constitutifs du délit : questions que fait naître l'art. 334.
1529. Textes de la loi romaine sur ce sujet.
1530. Dispositions de notre ancien droit sur le même sujet.
1531. Législation de 1791.
1532. Motifs de l'art. 334.
1533. Cet article ne s'applique pas à la séduction personnelle.
1534. Considérations qui confirment cette interprétation.
1535. La jurisprudence, après de longues hésitations, est aujourd'hui fixée dans ce sens. Arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation.
1536. Mais l'art. 334 ne s'applique-t-il qu'aux seuls proxénètes ?
1537. Son application aux intermédiaires de corruption, lors même qu'ils n'en tirent aucun profit.
1538. Son application aux agents qui propagent la débauche pour se donner le spectacle et l'excitation du vice.
1539. Examen de la jurisprudence qui a étendu l'article 334 à ces deux cas.
1540. Le propriétaire qui loue à une fille mineure une chambre dans une maison habitée par des prostituées est-il passible de l'application de cet article ?
1541. L'attentat aux mœurs ne peut se constituer que par des actes matériels : la provocation, les conseils et même l'enseignement de la débauche ne suffisent pas.
1542. L'habitude, élément du délit, résulte-t-elle d'actes réitérés sur la même personne ? Première jurisprudence sur ce point.
1543. Examen critique de cette jurisprudence.
1544. Nouvelle jurisprudence. Application de l'article aux actes réitérés sur la même personne.
1545. Est-il nécessaire, pour constituer cette habitude, que l'intermédiaire ait agi pour servir les passions de plusieurs individus ?
1546. L'habitude est-elle un élément du délit quand il est imputé aux pères, mères ou tuteurs (2e paragraphe de l'art. 334) ?
1547. Eléments du délit d'après la doctrine et la jurisprudence.
1548. Est-il nécessaire, pour l'existence du délit, que la corruption ait été consommée et le mineur flétri par la débauche ?

1527. Parmi les incriminations de la loi pénale, il en est peu dont les caractères soient plus vaguement tracés, et dont la jurisprudence ait pu modifier plus facilement les éléments, que celle de l'excitation à la débauche. Cependant, dans une matière où le législateur a dû ne prendre, au milieu de tant d'actions immorales, que les plus dangereuses ou les plus graves pour les punir, c'était un devoir de les définir avec plus de netteté et de précision ; car il est naturel que les juges, à la vue des faits de corruption qui viennent frapper leurs yeux, animés d'une vertueuse indignation, soient disposés à envelopper dans les termes de la loi, pour peu qu'ils s'y prêtent, des actes qui, quelque dépravés qu'ils soient, ne doivent relever que de la conscience. Tel est l'entraînement dont il faut savoir se défendre. Il appartient au moraliste, au législateur, d'examiner si le cercle des incriminations n'est pas trop restreint, si les limites peuvent être étendues ; mais le jurisconsulte est en face d'un texte : il doit en interroger le sens, en sonder l'esprit ; il ne peut, sous le prétexte d'un besoin social ou de l'immoralité d'un acte, ériger des délits nouveaux en étendant ses termes.

1528. L'art. 334 est ainsi conçu: « Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 50 à 500 fr. Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux à cinq ans d'emprisonnement et de 300 à 1,000 fr. d'amende[1]. »

Les termes de cet article ne définissent point avec netteté le fait qu'il veut punir: il est nécessaire d'en expliquer le sens et de rechercher les éléments du délit. Cette recherche exigera quelques développements, que nous abrégerons le plus possible.

Cet article indique, quoique en termes un peu vagues, deux circonstances du délit: il veut qu'il y ait eu, de la part de l'agent, excitation de la jeunesse à la débauche, et que cette excitation ait été habituelle. Mais quelle est la valeur de ces deux faits élémentaires ? L'excitation à la débauche n'est-elle que le délit des personnes qui font métier de cet infâme trafic, des proxénètes qui n'ont en vue, en servant les passions d'autrui, que le profit qu'ils en doivent retirer ? Comprend-elle, en outre, ceux qui excitent à la corruption, non plus par métier et pour les autres, mais pour eux-mêmes et pour satisfaire leurs propres passions ? En second lieu, l'excitation est-elle habituelle, par cela seul qu'elle se manifeste par des actes réitérés sur la même personne ? L'habitude exige-t-elle essentiellement la pluralité des victimes ? Telles sont les deux principales questions, graves et controversées, que fait naître notre texte; il en est d'autres encore qui sont nées du sein même des faits qui se produisent chaque jour: il faut en chercher la solution dans la législation qui a précédé l'art. 334

1. * * Les articles 180 et 181 du Code pénal allemand punissent ces faits, en les précisant, de l'emprisonnement ou de la réclusion pendant 5 ans au plus, avec privation, tantôt facultative, tantôt obligatoire des droits civiques.

et que cet article a remplacée, dans le but que s'est proposé le législateur en le plaçant dans la loi, enfin dans ses termes mêmes.

1529. La loi romaine déclarait infâmes ceux qui faisaient profession de débauche : *Infamiâ notatur qui lenocinium fecerit*[1]. Mais cette disposition n'atteignait que les individus qui faisaient de cette débauche un trafic : *Lenocinium facit qui quæstuaria mancipia habuerit*; *sed et qui in liberis hunc quæstum exercet in eâdem causâ est*[2]. C'était le prix reçu qui constituait le délit, car c'est dans ce prix que gît l'infâmie : *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit, nec interest utrùm maritus sit qui acceperit, an alius quilibet. Quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, pœna erit plectendus ; cœterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet*[3]. La peine de ce trafic infâme fut d'abord arbitraire ; les empereurs Théodose et Valentinien prononcèrent la confiscation des biens, l'exil et les travaux des mines contre les pères et les maîtres qui prostituaient leurs filles ou leurs esclaves : *Lenones patres et dominos qui, suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec jure frui dominii... nec tanti criminis patimur libertate gaudere... itâ ut amittant non solùm eam quam habuerint potestatem, sed proscripti pœnæ mancipentur exilii metallis addicendi publicis*[4]. Mais ces diverses peines parurent bientôt insuffisantes : la peine de mort fut prononcée toutes les fois qu'il était prouvé que les proxénètes avaient reçu de l'argent, qu'ils étaient dans l'habitude d'en recevoir pour leur honteux commerce, enfin qu'ils avaient tendu des embûches à de jeunes filles pour les faire tomber dans la débauche. Voici le texte de la loi : *Ipsos lenones jubemus extrà hanc fieri civitatem tanquam pestiferos et com-*

1. L. 1, Dig. De his qui notantur infamiâ.

2. L. 4, § 2, Dig. eod. tit. La loi 43, § 7, Dig. de ritu nuptiarum, porte également : Lenas eas dicimus quæ mulieres quæstuarias prostituunt.

3. L. 29, § 3, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

4. L. 6, C. De spectaculis et lenon.

munis castitatis vassatores factos, et liberas ancillasque requirentes et deducentes ad hujusmodi necessitatem et decipientes et habentes educatas ad universam confusionem. Præconisamus itaquè quia si quis de cætero præsumpserit invitam puellam assumere, et habere ad necessitatem puellam et fornicationis tibi deferentem quæstum, hunc necessse est omnia novissima sustinere supplicia[1].

Voilà le délit bien défini : c'est le fait de corrompre des esclaves et des femmes libres, et de les livrer à des tiers à prix d'argent. Telle est aussi la définition qu'en donne Farinacius: *Leno dicitur is qui quæstuarias fœminas habet, in illisque quæstum exercet*[2]. Damhouderius, cap. 81, p. 288, s'exprime en termes trop précis pour que nous ne les reproduisions pas: *Generalius adulterio crimen est lenocinium, hoc est nefarium illud scelus, quo quis ex publicis scortationibus, ex adulteriis, ex deflorationibus, aut ex fornicationibus sibi quæstum facit: non quidem proprio corpore, sed virgines, mulieres, matronas, aliorum uxores aut meretrices, hùjus quæstùs gratiâ, ad actum venereum aut publicè aut occultè pollicens, vel etiam ad hoc privatim domi habens, et ex eo meretricio meritorioque quæstu vivens.*

1530. Notre ancienne législation avait recueilli cette incrimination sans la modifier. Elle lui assigna, dans son naïf langage, un nom qui explique la pensée du législateur, et dont les auteurs ont eu le soin de définir le sens avec clarté. « Le maquerellage, dit Jousse, est le crime de ceux qui favorisent la débauche en procurant des femmes ou des filles prostituées, soit pour argent ou autrement, ou qui attirent les jeunes gens dans les lieux de débauche et de prostitution, à la sollicitation des femmes et des filles qui exercent cet infâme métier[3]. « Les peines infligées à ce délit variaient suivant les coutumes et la jurisprudence : c'étaient le fouet, le pilori, la marque, le bannissement. Le Parlement de Paris faisait promener le coupable sur un âne, par les carrefours de la ville

1. Nov. 14.
2. Quæst. 144, num. 17.
3. Traité de la just. crim., t. 3, p. 810.

le visage tourné vers la queue, avec un chapeau de paille sur la tête et un écriteau indiquant le délit. Le Parlement de Toulouse les faisait plonger à trois fois différentes dans la rivière[1]. Mais, de même que, dans le droit romain, ces peines n'étaient appliquées qu'au trafic, au métier, à la profession de proxénète; ainsi, Jousse et Muyart de Vouglans notent comme une condition du délit, qu'il ait été commis à prix d'argent[2]; et Farinacius, après avoir rappelé la même condition, *causâ quæstus et lucri habendi*[3], ajoute que plusieurs actes de ce honteux métier sont nécessaires pour que la peine puisse être appliquée: *Non dicitur leno, nec lenocinii pœnâ punitur, qui semel tantùm lenocinium fecit; requiritur enim consuetudo saltem per trinum actum*[4].

Toutefois, la loi romaine et notre ancienne législation, à côté de ces dispositions, portaient des pénalités contre ceux qui, dans certains cas, exerçaient des actes de corruption, non par une pensée de lucre, mais pour eux-mêmes et pour satisfaire leurs passions. Ainsi, la corruption d'une vierge au-dessous de 10 ans était punie de la peines des mines ou de l'exil: *Qui nondùm viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur*; *honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur*[5]. L'excitation à la débauche d'un enfant, après avoir employé des moyens frauduleux et criminels pour le détourner, était punie de la déportation dans une île et même de la peine capitale: *Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit,... perfecto flagitio punitur capite; imperfecto in insulâ deportatur*[6]. Enfin, la séduction d'une vierge ou d'une femme honnête était punie de la confiscation de la moitié des biens, et, dans certains cas, de la relégation, quand cette séduction était accompagnée de fraude: *Eâdem lege Juliâ flagitium*

1. Jousse, *ibid.*; Muyart de Vouglans, p. 216.
2. Jousse et Muyart de Vouglans, loc. cit.
3. Quæst. 144, num. 17.
4. Quæst. 144, num. 35.
5. L. 38, § 4, Dig. de pœnis; Damhouderius, cap. 94, num. 7.
6. L. 1, § 2, Dig. de extraord. criminibus.

punitur cum quis sine vi vel virginem vel viduam honestè viventem stupraverit[1]. Mais il faut bien remarquer que, dans les deux premiers cas, la corruption n'était incriminée que parce qu'elle s'exerçait sur des enfants impubères ; le délit cessait dès que la jeune fille avait atteint l'âge de puberté ; et, dans le troisième, c'étaient les promesses fallacieuses et la fraude que la loi punissait plutôt que la séduction même. Ainsi la loi incriminait certaines circonstances concomitantes de la corruption exercée dans l'intérêt de la passion personnelle ; elle ne punissait pas cette corruption isolée de ces circonstances[2].

Il en était de même sous notre ancien droit : le stupre et le rapt de séduction figuraient au nombre des délits ; mais le stupre était, ainsi que l'atteste Muyart de Vouglans, le fait d'abuser d'une fille honnête sous l'espérance du mariage[3] ; et le rapt de séduction était, suivant le même auteur, la subornation d'une fille mineure par des voies illicites et artificieuses, pour parvenir à un mariage clandestin contre le gré de la famille, *raptus in parentes*[4]. Ce n'était donc point l'acte de corruption exercé au profit de la passion et dans un intérêt personnel que la législation avait voulu punir ; c'étaient deux faits particuliers, entièrement distincts de la corruption elle-même : là, fausse promesse de mariage employée comme moyen de séduction ; ici, des mariages où l'honneur des familles se trouvait compromis par l'inégalité de la naissance[5]; c'est la fraude pratiquée pour corrompre, c'est la perturba-

1. Instit., lib. 4, tit. 18, de publ. judic., p. 4.

2. Ce n'était jamais dans l'acte de la corruption, mais dans la circonstance extrinsèque à cet acte, que la peine puisait sa gravité. Ainsi le tuteur qui avait abusé de sa pupille était puni de la déportation ; *l. un C. si quis eam cujus tutor fuit corr.*; et la peine s'aggravait encore à l'égard de l'esclave qui avait corrompu sa maîtresse ; *l. un. au C. de mulieribus quæ serv. prop. se junxerunt* ; à l'égard du juif qui avait séduit une chrétienne. *l.* 6, *au C. de judæis* et suprà.

3. Lois crim., p. 211.

4. L. crim., P. 231, et Jousse, t. 3, p. 727.

5. V. Décl. du 26 nov. 1639, art. 3 ; préambule de la déclaration de mars 1697 ; décl. du 22 nov. 1730.

tion jetée dans la famille par l'alliance, qui font l'objet des deux incriminations ; mais l'acte de corruption personnelle, dégagé de cette fraude et de cet effet, restait en dehors de ces dispositions pénales.

Ainsi, aucune assimilation n'existait, soit dans la loi romaine, soit dans l'ancien droit, entre le métier de proxénète et la séduction personnelle ; ainsi, la séduction n'était point punie pour elle-même, mais seulement à raison des circonstances qui l'accompagnaient et qui constituaient elles-mêmes des délits ; ainsi, ces délits étaient distincts du proxénétisme, punis de peines différentes, incriminés séparément. Arrivons maintenant à la législation nouvelle.

1531. L'assemblée constituante fit la part des mœurs et proscrivit les incriminations de la loi ancienne contre le stupre et le rapt de séduction : elle ne conserva, parmi les différents modes de séduction qui donnaient auparavant lieu à des poursuites, que le seul délit de proxénétisme. L'article 8 du titre 2 de la loi du 19-22 juillet 1791 porte : « Ceux qui seraient prévenus *d'avoir favorisé la débauche ou corrompu des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe*, pourront être saisis sur-le-champ ; » et l'art. 9 reprend dans sa deuxième disposition : « Quant aux personnes qui auraient *favorisé la débauche ou corrompu les jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe*, elles seront, outre l'amende, condamnées à une année de prison. » Ces dispositions, dans la pensée du législateur, ne s'appliquaient qu'au seul proxénète, et nullement au séducteur : on en trouve la preuve dans un message adressé, le 17 nivôse an IV, par le Directoire exécutif au Conseil des Cinq-Cents, au sujet des filles publiques, et dans lequel il est dit : « La loi du 19 juillet 1791 a classé au nombre des délits soumis à la police correctionnelle, la *corruption des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe*, elle en a déterminé la peine, mais cette disposition s'applique proprement au *métier infâme* de ces êtres affreux qui *débauchent* et prostituent la jeunesse[1]. »

1. V. Rép., t. 2, p. 247. Merlin, en rapportant ce passage, ajoute dans une note : « Il en est de même de l'art. 334 du Code pénal de 1810. »

1532. Ces dispositions n'ont reçu aucune atteinte jusqu'au Code pénal dans lequel elles sont venues se confondre ; on lit dans l'exposé des motifs : « Le Code prononce des peines de police correctionnelle contre les personnes convaincues d'avoir débauché ou corrompu la jeunesse : il est en ce point conforme à l'ancienne loi. » Mais M. Monseignat révèle l'esprit du Code dans son rapport au Corps législatif : « En nous occupant des attentats aux mœurs, comment ne pas signaler ces êtres qui ne vivent que pour et par la débauche, qui, rebut des deux sexes, se font un état de leur rapprochement mercenaire, et spéculent sur l'âge, l'inexpérience et la misère pour colporter le vice et alimenter la corruption ? Des législateurs ne les ont punis que du mépris public ; mais que peut le mépris sur des âmes aussi avilies ? Punit-on par l'infamie des personnes qui en font leur élément ? C'est par des châtiments, c'est par un emprisonnement et une amende que le projet de loi a cherché à atteindre ces partisans habituels de la prostitution. »

Il était impossible d'indiquer plus clairement le but du législateur et le sens de la loi : ce sont ces êtres qui vivent de la débauche, ces mercenaires qui colportent la corruption, que le législateur a voulu atteindre ; il ne parle que de ceux-là. Et remarquez que ce sens, expliqué avec tant de netteté, est précisément celui de l'ancienne législation, celui de la loi romaine ; de sorte qu'une longue et étroite filiation lie l'art. 334 aux législations qui l'ont précédé, et que, s'il n'en a pas formellement répudié l'héritage, son silence seul devrait faire supposer une acceptation.

1533. Prenons maintenant cet article. L'attentat aux mœurs se commet, suivant son texte, *en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse*. Or, dans le langage ordinaire, est-ce favoriser la débauche que de chercher à séduire une femme dans l'intérêt de sa passion ? Non, c'est faire un acte de débauche, mais ce n'est ni la favoriser, ni la faciliter ; celui qui l'excite, qui la facilite, c'est celui qui fournit les moyens de rapprochement, qui se rend l'agent de la corruption ; c'est l'instrument au

moyen duquel la prostitution se consomme. Voilà le sens naturel des expressions de la loi, et chacun de ses termes la confirme. Comment expliquer autrement le mot *habituellement* qui a pris place dans l'article? Il ne suffit pas que l'agent ait facilité un acte de prostitution, il faut qu'il se soit livré *habituellement* à ce commerce : la loi a voulu que le métier, la profession infâme fut bien établie ; c'est ce trafic habituel de la corruption qui constitue le délit. La commission du Corps législatif avait voulu punir ces mercenaires sans exiger qu'ils en fissent le métier ; elle avait proposé la suppression du mot *habituellement* : « Ce mot, disait cette commission, donnerait à entendre que si les coupables qui corrompent et prostituent la jeunesse ne se livraient pas trop fréquemment à ce *commerce vil*, ils ne seraient pas punis ; leur conduite est si dangereuse, que la peine doit les atteindre toutes les fois qu'ils ne peuvent pas échapper à la vigilance publique. » Et elle ajoutait encore : « qu'en laissant subsister les mots *au-dessous de* 21 *ans*, il résulterait que le *maquerellage* ne serait plus punissable s'il s'exerçait à l'égard d'individus qui auraient passé cet âge. » Elle proposait, en conséquence, de graduer la peine d'après l'âge des jeunes gens. Le Conseil d'État repoussa ces deux amendements [1]. Chaque mot de ces observations vient confirmer le véritable sens de la loi.

Si l'on rapproche ensuite l'un de l'autre les deux paragraphes de l'article 334, on s'assure de plus en plus que telle est la véritable interprétation de cet article. En effet, le dernier paragraphe aggrave la peine, si ceux qui ont excité, favorisé ou facilité la corruption, sont les pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de la surveillance. Or, assurément, dans l'esprit du législateur, il ne s'agit pas ici de personnes qui font elles-mêmes des actes de débauche, mais des personnes qui facilitent la perpétration de ces actes, des tiers qui la favorisent ; si les pères et mères sont plus coupables, ce n'est pas apparemment parce qu'ils ont médité un inceste, la loi n'a pas même eu cette pensée ; c'est parce

1. Procès-verb. du Cons. d'Etat, séance du 18 janv. 1810.

qu'ils méconnaissent un devoir plus sacré en se rendant les infâmes agents d'un trafic odieux. « Si l'on pouvait calculer, dit encore M. Monseignat dans son rapport, des degrés de bassesse dans un métier aussi bas, ceux-là sans doute seraient les plus méprisables qui serviraient ou exciteraient même la corruption des personnes placées sous leur surveillance ou leur tutelle, et notamment ces pères et mères qui, abusant du dépôt précieux que la nature et la loi leur ont confié, spéculeraient sur l'innocence qu'ils sont chargés de protéger et de défendre, échangeraient contre de l'or la vertu de leurs enfants, et se rendraient coupables d'un infanticide moral. Les auteurs du Code, dans cette circonstance, assignent une peine plus grave qui, nous aimons à le croire, ne trouvera jamais son application. » Ainsi la peine n'est donc aggravée, dans la deuxième partie de l'art. 334, qu'à raison de la qualité des coupables; du reste, ce sont les mêmes circonstances constitutives, la même incrimination, les mêmes expressions ; le délit est complétement identique : le deuxième paragraphe de l'article n'a eu pour but que de formuler une circonstance aggravante.

1534. Et comment admettre, d'ailleurs, que la loi eût pu confondre dans la même disposition, dans la même pénalité, deux faits aussi distincts ? L'action de l'homme qui, entraîné par la passion, séduit et corrompt une fille mineure, est-elle donc la même que l'action du mercenaire qui se rend l'intermédiaire de la corruption, et qui fait trafic de colporter à prix d'or des propositions honteuses et de livrer des victimes à la prostitution ? Le premier est un homme immoral, le second est un être infâme ; si l'un séduit, c'est pour lui-même, il est entraîné par ses passions ; l'autre n'a point de passions, il corrompt pour de l'or ; c'est son commerce et sa profession : le premier n'est qu'accidentellement débauché ; le second fait métier de séduire les jeunes filles pour les vendre à la débauche ; il fait plus, il excite les désirs du corrupteur, il flatte, il entretient les honteuses passions dont il vit. On a dit que le dommage social était le même dans les

deux cas [1]; quand cela serait, quelle serait la conséquence ? Est-ce que le dommage est le seul élément de la criminalité des actions ? Est-ce que cette criminalité ne se puise pas principalement dans l'intention de l'agent et dans l'immoralité de son but ? Une distance immense sépare donc ces deux actes, et la loi ne pouvait les réunir dans une même peine.

Mais doit-on supposer, ensuite, que la loi ait voulu incriminer la séduction personnelle ? Songez aux fatales conséquences d'une semblable incrimination. La vie privée serait livrée à une intolérable inquisition ; le simple désordre deviendrait un délit, l'abandon volontaire une séduction, et le scandale des poursuites bouleverserait les familles sans guérir les mœurs. On prétend, à la vérité, que le ministère public ferait un choix, qu'il n'intenterait que les poursuites nécessaires, et réserverait son intervention pour le cas où la séduction présenterait le caractère le plus odieux. Mais qu'est-ce qu'un délit qui n'aurait aucun caractère propre et défini, dont l'existence dépendrait de l'opinion du ministère public, et dont la poursuite serait une question de convenance et de choix ? Evidemment tout acte de séduction dans un but personnel doit être poursuivi, ou il n'en faut poursuivre aucun ; car, si cet acte est un délit, il serait impossible d'admettre que sa poursuite pût être subordonnée à d'autre condition qu'à celle d'en établir la preuve ; mais cette distinction arbitraire démontre que ceux-là mêmes qui voudraient étendre l'art. 334 aux faits de cette nature reculent devant la règle qu'ils posent et sont effrayés de ses conséquences.

1535. Que si l'on se demande comment, en présence d'un texte qui n'admet nullement cette incrimination, en présence des motifs qui la repoussent, la jurisprudence a été amenée à la sanctionner à plusieurs reprises, on doit en chercher la raison dans ce sentiment de réprobation qui frappe toutes les actions contraires aux mœurs. Comment le juge ne serait-il pas saisi d'une juste indignation en face d'actes obcènes ? Comment ne regretterait-il pas parfois d'être sans armes pour

1. Réquis. de M. Hello. Journ. du dr. crim., 1838, p. 13.

les punir ? Si donc les termes de la loi pénales sont assez flexibles pour les envelopper, il sera entraîné à les appliquer, lors même qu'il en froisserait l'esprit. Ainsi, dans notre hypothèse, c'est l'immoralité du séducteur qui, dans quelques espèces, a provoqué l'application de l'art. 334 : le juge, à la vue d'une dépravation qui l'indignait, ne s'est point enquis avec assez de soin de la distinction trop peu précise de cet article ; il a confondu tous les actes dans une même peine ; mais, au lieu d'interpréter, il a suppléé au silence de la loi, il s'est érigé en législateur ; il a déclaré punissable un fait que le législateur de tous les temps, et notre ancienne législation elle-même, si scrupuleuse en cette matière, avaient absous [1]. Toutefois cette jurisprudence n'a pas suivi sa marche sans hésitation. Après avoir jugé par plusieurs arrêts [2] que l'article 334 n'a point distingué entre le corrupteur qui agit dans l'intérêt de ses passions personnelles et celui qui fait métier d'exciter à la débauche dans l'intérêt des passions d'autrui, la Cour de cassation s'était bornée à déclarer ensuite que les faits élémentaires du délit n'étaient pas déterminés par la loi, et que les juges en avaient la souveraine appréciation [3] ; enfin elle avait déclaré, en sanctionnant notre doctrine, par un arrêt du 11 mai 1832 : « que l'article n'est applicable qu'aux individus qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse, non pas pour satisfaire leur propre brutalité sensuelle, mais pour les plaisirs illicites des autres [4]. » Et puis elle était revenue à sa première jurisprudence par plusieurs arrêts [5].

Enfin, après toutes ces oscillations, deux arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation ont déclaré : « que la section 4, tit. 11, liv. 3 du Code pénal, qui définit et punit les diverses sortes d'attentats aux mœurs, classe ces attentats

1. Cass., 2 août 1839, Bull. n. 253, et 31 janv. 1840, Bull. n. 39.
2. Cass., 10 et 18 avril 1828, S. 28. 1. 385.
3. Cass., 29 janv. 1830, Devill. et Car., 1830, 1, 244.
4. Journ. du dr. crim., 1832, p. 317 ; Devill. et Car., 1832. 1. 244.
5. Cass., 3 et 25 juill. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 234 : Devill. et Car., 1834. 1. 831 ; 4 janv. et 26 juin 1838, *ibid.*, 1838, p. 14 et 196.

d'après leur nature et leur gravité ; que d'après les art. 330, 331 et 332, ce Code punit les simples outrages à la pudeur lorsqu'ils *sont publics*, les attentats sans violence sur un enfant âgé de moins de 11 ans, ceux consommés ou tentés avec violence sur toutes personnes, et enfin le viol ; que, par l'art. 333, il prononce une aggravation de peine contre les coupables, lorsqu'ils sont ascendants des personnes sur lesquelles ces attentats ont été consommés ou tentés, ou qu'ils se trouvent dans l'une des catégories déterminées ; qu'après s'être occupé de la répression de ces divers genres d'attentats, le législateur a prononcé des peines contre ceux qui se livrent à l'infâme métier de la prostitution ; que, par le paragraphe 1er de l'art. 334, il punit quiconque a attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse ; qu'il ne pouvait mieux indiquer le proxénétisme qu'en le caractérisant, comme il l'a fait, d'attentat aux mœurs commis en excitant favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption ; qu'ainsi interprété, l'art. 334 forme avec les articles précédents un système de répression qui se lie, s'enchaîne, en embrassant les divers attentats que le législateur a eu en vue de réprimer et qu'il n'a pas voulu confondre[1]. » Cette nouvelle jurisprudence, fermement maintenue depuis, est devenue définitive[2]. Nous posons donc, comme une première règle en cette matière, que l'art. 334 ne s'applique pas à la séduction personnelle[3], et qu'il n'atteint que les personnes qui favorisent la débauche des mineurs, non pour eux-mêmes, mais pour satisfaire l'in-

1. Cass., ch. réun., 18 juin 1840, Bull. n. 178; et 19 mai 1841, Bull. n. 145.

2. Cass, 11 juin 1841, Bull. n. 174 ; 5 août 1841, Bull. n. 226 ; 16 juill. 1841, Bull. n. 212 ; 14 mai 1842, Bull. n. 120 ; 19 fév. 1842, Bull. n. 31 ; 29 avril 1842, Bull. n. 104 ; 19 fév. 1846, Bull. n. 53 ; 12 mai 1848, Bull. n. 146 ; 20 sept. 1850, Bull. n. 320 ; 21 août 1863, Bull. n. 224.

3. * * L'art. 182 du Code pénal allemand porte : « Sera puni de l'emprisonnement pendant une année au plus quiconque aura séduit une fille irréprochable, n'ayant pas encore accompli sa seizième année. — La poursuite n'aura lieu que sur la demande du père, ou de la mère, ou du tuteur de la personne séduite. »

continence d'autrui[1]. Cette règle résume toutes les observations qui précèdent.

1536. Mais la jurisprudence, en écartant la séduction des termes de l'art. 334, a-t-elle entendu n'appliquer le 1er paragraphe de cet article qu'aux seuls proxénètes ? Faut-il restreindre ce texte à cette seule classe d'agents ? N'est-il pas possible que les actes qui ont pour effet d'exciter, de favoriser ou de faciliter la corruption de la jeunesse, soient, dans certains cas, d'autres actes que ceux du proxénétisme ? Les premiers arrêts, qui ont suivi les deux arrêts des chambres réunies, n'avaient pas admis d'autre hypothèse. Ils répètent « que le 1er paragraphe de l'art. 334 n'a pas eu en vue de réprimer autre chose que le proxénétisme[2]. » Un arrêt déclare même, dans les termes les plus formels « qu'il résulte de la combinaison des art. 334 et 335 que le législateur n'a entendu en appliquer les dispositions pénales qu'à ceux qui se livrent à l'infâme métier de proxénète[3]. » Cette règle était trop absolue, et ce sont les faits qui l'ont, pour ainsi dire, forcée à fléchir, par suite des aspects nouveaux sous lesquels ils se sont produits.

Une première déviation a été opérée dans l'espèce suivante : un individu et sa maîtresse, couchant ensemble, admettaient dans le même lit la fille de celle-ci, âgée de 13 ans, et se plaisaient à la rendre témoin des actes les plus honteux de leur débauche. Les juges du fait avaient pensé que, par leur

1. * * La Cour de Dijon en a tiré cette conséquence que l'art. 334 est inapplicable au médecin qui, ayant reçu successivement et séparément plusieurs mineurs venus pour le consulter dans son cabinet, a cherché à se servir de chacun d'eux comme d'instrument de libertinage et a ensuite commis sur lui-même, en présence du mineur, des actes d'incontinence (Dijon, 27 nov. 1878 ; S.79.2.333). — Nous avons critiqué cette décision, en proposant une distinction entre la séduction proprement dite et de semblables actes d'odieuse lubricité qui constituent, suivant nous, des faits d'excitation pure et simple à la débauche (V. notre note sous l'arrêt précité, *loco cit.*)

2. Cass., 16 juill. 1841, Bull. n. 212 ; 5 août 1841, Bull. n. 226 ; 19 fév. 1842, Bull. n. 31 ; 12 mai et 28 juill. 1848, Bull. n. 146 et 210.

3. Cass., 19 août 1853, Bull. n. 414.

conduite éhontée en présence de cet enfant, les prévenus avaient fait tout ce qu'ils avaient pu pour corrompre ses mœurs et pour exciter la débauche ; ils avaient appliqué l'article 334. Le pourvoi présentait la question de savoir si cette application était légale. L'art. 334 comprend assurément dans ses termes tous les proxénètes, tous les mercenaires qui font trafic de la prostitution ; mais, puisqu'il ne les a pas nommés, il n'a point formellement restreint son incrimination à cette classe d'agents. Ne s'étend-il pas à tous ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse? Or, s'il répugne d'appliquer ces expressions à ceux qui pervertissent la jeunesse pour servir leurs passions personnelles, ne peut-on pas du moins les appliquer à ceux qui, sans qu'ils fassent un acte de proxénétisme, et sans qu'ils satisfassent une passion personnelle, corrompent pour corrompre, et propagent leurs vices par le seul désir d'en infecter la jeunesse? Ne suffit-il pas, pour cette application, qu'ils aient excité ou facilité la corruption d'un mineur, et qu'ils aient répété et rendu habituels ces actes d'excitation? Cette doctrine prévalut, et la chambre criminelle, à notre rapport, rejeta le pourvoi ; « attendu qu'il résulte du jugement attaqué que le prévenu a coopéré, de concert avec la femme Voisin, à l'égard d'une jeune fille âgée de 13 ans, à des faits habituels d'excitation à la débauche, sans qu'il soit établi que ces faits fussent commis pour satisfaire sa propre passion [1]. »

1537. Cette nouvelle voie ainsi ouverte a naturellement tendu à s'élargir. Un arrêt des chambres réunies, rendu quelques jours après, quoiqu'il ne fît que confirmer des arrêts précédemment rendus sur la question de la séduction personnelle, vint confirmer indirectement la nouvelle jurisprudence de la chambre criminelle, en déclarant : « que l'art. 334, sainement entendu, exige pour son application l'intervention d'un agent intermédiaire de débauche et de corruption [2]. » La loi n'est donc plus circonscrite au seul proxénétisme, et voici deux

1. Cass , 27 avril 1854, Bull. n. 122.
2. Cass., ch. réun., 1er mai 1854, Bull. n. 133.

espèces où cette interprétation fut de nouveau consacrée. Des chefs d'ateliers, abusant de leur autorité sur des jeunes filles qu'ils employaient, se livraient sous leurs yeux à des actes obscènes. La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre les arrêts qui avaient appliqué l'art. 334, en déclarant, dans l'une de ces espèces, « que l'arrêt attaqué constate que le prévenu se livrait sur sa propre personne à des actes d'impudicité en présence de chacune des jeunes filles qu'il attirait près de lui, et cela dans le but de corrompre les jeunes imaginations de ces enfants[1] ; » — et dans l'autre : « qu'il est déclaré en fait à la charge du demandeur qu'en excitant habituellement la débauche des jeunes filles mineures qui étaient à son service, il n'a pas eu seulement pour but d'assouvir sa propre passion, mais qu'il est devenu pour les jeunes filles un intermédiaire de débauche et de corruption ; que s'il n'est point constaté qu'il ait reçu aucun salaire pour se livrer à ces actes honteux, cette circonstance n'est pas nécessaire pour justifier l'application de l'art. 334 ; que ce délit résulte de la seule intervention d'un tiers pour servir la passion d'autrui, quel que soit le mobile de cette intervention et lors même qu'un vil trafic y serait étranger[2]. » Ainsi, dans ces deux espèces, le corrupteur n'est pas un séducteur ; il n'agit pas dans l'intérêt d'une passion personnelle, il cherche à dépraver parce qu'il est vicieux et qu'il trouve une sorte de plaisir à répandre sa dépravation ; mais il ne songe pas à profiter de la corruption qu'il excite, il se borne à l'exciter. Il est donc un intermédiaire de débauche entre les jeunes filles qu'il a corrompues et les passions que cette corruption alimentera, et c'est à raison de ce rôle d'agent et d'instrument qu'il peut rentrer dans les termes de l'art. 334 [3].

1538. La question devient plus délicate dans d'autres espèces. Il s'est trouvé des êtres cyniques et blasés qui ont le besoin d'exciter la débauche, non pour satisfaire leurs pas-

1. Cass., 13 nov. 1856, Bull. n. 349.

2. Cass., 21 avril 1855, Bull. n. 137.

3. * * V. encore Cass., 26 décembre 1879 ; Bull. n. 235 ; — Dijon, 2 et 23 avril 1879 ; S. 79.2.321.

sions, mais pour les ranimer et les réchauffer. Or les scènes de libertinage dont ils se donnent le spectacle rentrent-elles dans l'incrimination légale ? N'est-ce pas là une sorte de satisfaction dépravée qu'ils cherchent pour eux-mêmes ? Peut-on assimiler leurs actes à ceux des agents intermédiaires dont il vient d'être parlé ? Un jugement constatait en fait « que le prévenu avait préparé, combiné et habituellement ménagé des rapprochements obscènes entre des filles publiques et des jeunes gens âgés de moins de 21 ans ; » mais il ajoutait « que ces faits s'accomplissaient sous les yeux du prévenu, en vue d'exciter sa lubricité et de satisfaire ses goûts désordonnés. » N'échappaient-ils pas dès lors à l'art. 334 ? La Cour de cassation ne l'a point pensé, et elle a déclaré « que cette circonstance ne saurait détruire le fait d'avoir agi comme intermédiaire dans les scènes corruptrices organisées par le prévenu, lesquelles, indépendamment de ses passions personnelles, avaient pour résultat final l'acte de libertinage privativement consommé entre les mineurs et les filles publiques[1]. » Un autre jugement constatait à la charge d'un prévenu « qu'il avait habituellement attiré chez lui un certain nombre de jeunes gens pour se livrer avec eux à des actes obscènes. » La Cour a décidé encore « que, dans les faits ainsi constatés, on rencontre tous les caractères du délit ; que des rapprochements opérés entre le demandeur et les jeunes gens mineurs, des actes réitérés de débauche qu'il accomplit sur leurs personnes, de cette volonté calculée d'offrir en spectacle les uns aux autres ceux qui devenaient les instruments de sa dépravation, résulte l'excitation habituelle à la débauche la plus funeste et la plus dangereuse ; que le demandeur, en attirant à lui ces jeunes gens mineurs, en les mettant en contact entre eux et avec lui-même, et en les faisant participer à la corruption dont il les rendait victimes, prenait le rôle actif d'intermédiaire habituel et d'agent de débauche de mineurs de 21 ans ; que le délit ne change pas de nature parce que le demandeur poursuivait personnellement la satisfaction

1. Cass., 23 août 1855, Bull. n. 297.

de ses goûts désordonnés ou qu'il n'y attachait pas les vues d'un vil trafic [1]. »

1539. Cette jurisprudence est-elle fondée ? Il faut sans doute se dégager des sentiments de dégoût et de mépris que de tels faits inspirent ; il faut étudier avec le seul esprit du légiste leur caractère et leurs circonstances ; il faut examiner si ce sont bien là les faits que la loi a voulu punir. Il est probable, nous l'avons déjà remarqué, que notre législateur n'a eu en vue que les proxénètes, c'est-à-dire les mercenaires qui s'entremettent à prix d'argent. Mais, si telle a été sa pensée, il ne l'a point formulée dans l'art. 334 en termes restrictifs ; les proxénètes n'y sont pas nommés, et s'il définit leur profession, il le fait avec des expressions si vagues et si flexibles, qu'elles vont assurément au delà ; il saisit, en effet, tous ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche des mineurs ; par conséquent, non-seulement ceux qui exercent l'infâme trafic du proxénétisme, mais encore ceux qui, par une intervention matérielle avec ou sans esprit de lucre, provoquent et facilitent la corruption des mineurs, pourvu qu'ils le fassent habituellement. Ainsi, lors même que la pensée du législateur ce s'est pas arrêtée à cette classe de gens qui corrompent sans autre mobile que celui du vice, il suffit qu'il ne les ait pas exclus ; il suffit que, dans une matière où les faits affectent des nuances si variées, il ait adopté une formule large et qui les comprend toutes, pour qu'il soit permis de les saisir. L'attentat aux mœurs se constitue par tous les modes d'excitation à la débauche, par tous les moyens habituellement employés pour la favoriser ou la faciliter ; en ne définissant pas ces modes, en ne désignant pas les agents qui les mettent en œuvre, n'est-il pas évident que la loi n'a voulu limiter ni les uns ni les autres, et en a laissé aux juges la libre appréciation ? Si l'application pénale est nouvelle, c'est que des faits nouveaux se sont produits : la jurisprudence n'a point innové, elle n'a fait qu'appliquer une disposition générale à des faits inconnus jusque-là. La

1. Cass., 10 janv. 1856, Bull. n. 12. — V. encore dans le même sens Cass., 12 janv. 1867, Bull. n. 6 ; 19 déc. 1868, n. 256 ; 22 fév. 1855, n. 43.

seule objection sérieuse qu'on puisse opposer, c'est la distinction faite avec tant de sagesse par la loi et la jurisprudence entre les agents de séduction et les simples séducteurs. En effet, lorsqu'il est constaté que les prévenus, surtout dans les deux dernières espèces, propageaient la débauche pour s'en donner le spectacle et puiser dans ces scènes ignobles une infâme jouissance, ne peut-on pas dire qu'ils agissaient non pour autrui, mais dans l'intérêt de leurs passions personnelles ; qu'ils n'étaient plus agents de corruption, mais auteurs principaux et corrompant eux-mêmes ? Cette objection, vue de près, ne semble pas sérieuse. Il faut admettre avec la loi l'excuse de la passion personnelle, quelque honteuse que soit cette passion et quelque infâmes que soient les actes auxquels elle descend ; ce n'est pas parce que de tels actes méritent quelque condescendance, c'est parce qu'il importe de maintenir l'indépendance de la vie privée, c'est parce que les poursuites auraient, outre l'éclat du scandale, le péril de pénétrer trop avant dans la famille, c'est parce que la loi pénale a pour mission, non de venger la morale outragée, mais de réprimer les actes extérieurs qui troublent l'ordre. Mais est-il possible de confondre avec des faits de séduction le fait de réunir des mineurs pour les dépraver ? Peut-on couvrir du nom de passion le goût impur qui cherche une satisfaction dans une obscénité commune ? Qu'importe d'ailleurs l'intérêt qui anime l'agent, dès qu'il réunit autour de lui plusieurs mineurs, dès qu'il les rend tour à tour témoins de ses actes ? Ne devient-il pas par là même, pour quelques-uns du moins, un intermédiaire de corruption ? N'est-il pas évident qu'il excite à la débauche celui qui n'est pas actuellement l'objet de sa séduction ? Et comment de tels faits, quand ils se renouvellent jusqu'à l'habitude, ne tomberaient-ils pas dans les termes de l'art. 334 ?[1]

1540. Mais si la jurisprudence ne paraît pas être sortie des limites de la loi pénale, il ne faut pas qu'elle perde de vue que les écarts sont faciles sur un terrain aussi glissant. Elle

1. V. sur ce point notre dissertation dans la *Revue de législation* de 1860, p. 481.

va nous en fournir un exemple. Un propriétaire était inculpé d'avoir favorisé la débauche d'une fille mineure en lui louant une chambre dans une maison habitée par des prostituées ; renvoyé de la poursuite par un arrêt de la Cour de Rennes, la Cour de cassation a prononcé l'annulation de cet arrêt: « attendu que l'art. 334 ne s'applique pas seulement à l'agent honteux de la corruption, qui, par une intervention directe et personnelle, la favorise et l'excite ; que la loi va plus loin, en employant le mot *faciliter* ; qu'elle proscrit ainsi tous les actes sans distinction ayant pour résultat d'aplanir aux mineurs la vie de débauche ; qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la femme Guilluet a loué à la fille Lavaud une chambre dans une maison dont elle est propriétaire, et qui est exclusivement habitée par des filles de mauvaise vie ; qu'au moment de cette location la femme Guilluet savait que la fille Lavaud était mineure ; qu'elle était fille publique elle-même, inscrite sur les registres de la police ; que par conséquent elle ne devenait locataire de cette maison que pour s'y livrer journellement à la débauche ; que vainement l'arrêt ajoute que la prévenue avait une habitation distincte de ladite maison, qu'elle n'a à exercer aucune surveillance sur ses locataires, et qu'au fait de la location ne s'est joint aucun acte ayant tendu à exciter, favoriser ou faciliter la débauche de ladite mineure ; qu'il résulte uniquement de ces circonstances que la femme Guilluet n'a pas pris une part directe à l'exercice de la débauche de la fille Lavaud ; qu'elle n'y est point intervenue ; mais que le seul fait de la location, accomplie dans les conditions qui viennent d'être signalées, avait pour résultat nécessaire de fournir à ladite mineure le moyen de se livrer à la prostitution [1]. » Ce sont les dernières expressions de cet arrêt qui révèlent les doutes qu'il peut soulever. Faut-il distinguer trois faits distincts dans ces mots de l'article 334, « en excitant, favorisant ou facilitant la débauche » ? ou n'est-ce qu'un même fait que la loi a enveloppé sous trois faces différentes, pour qu'il ne pût lui échapper ?

1. Cass., 10 nov. 1854, n. 313 ; et conf. Cass., 1er mai 1863, n. 135. — ** V. dans le même sens : Aix, 19 juill. 1878 ; S.79.2.116.

Ce fait ne consiste-t-il pas uniquement, quelles que soient les combinaisons dans lesquelles il se produit, dans l'entremise d'un tiers pour propager la corruption ? Cette intervention ne suppose-t-elle pas un acte personnel de ce tiers tendant au rapprochement des personnes ? N'est-ce pas parce qu'elle l'appréciait ainsi que la loi a incriminé, non le fait matériel de faciliter la débauche, mais l'attentat aux mœurs commis en la facilitant ? Comment comprendre un attentat qui ne se manifeste par aucun acte direct, par aucune action personnelle et qui ne consiste que dans la prestation d'un moyen ou d'un instrument de débauche ? S'il suffisait, pour constituer le délit, « d'aplanir aux mineurs la vie de débauche, » les actes les plus simples et les plus indirects pourraient être incriminés ; et la loi, si réservée en cette matière, prendrait un caractère de tracassière inquisition.

1541. Il ne faut pas dans tous les cas confondre les actes matériels d'une participation criminelle avec les conseils, la provocation, la prédication même de l'immoralité : la loi, qui ne punit que l'attentat aux mœurs, n'a voulu incriminer que les faits matériels de proxénétisme ou de promiscuité de débauche qui auraient pour résultat, non-seulement d'enseigner la corruption, mais de souiller la personne elle-même. Elle ne frappe l'outrage à la morale, indépendamment d'un attentat matériel aux mœurs, que lorsque cet outrage est public. Dans une espèce où les juges du fait avaient appliqué l'article 334 à des actes qui ne constituaient qu'une odieuse école d'obscénité, la cassation a été prononcée : « attendu qu'il est déclaré que le demandeur, soit par des discours obscènes ou lascifs, soit par des gestes, des attitudes ou des démonstrations matérielles, avait initié des jeunes filles mineures aux idées et aux images du vice ; que ces pratiques avaient lieu lorsqu'il se trouvait seul avec l'une d'elles et qu'il les avait isolées à dessein les unes des autres ; que l'arrêt constate en même temps que ces actes, propres à corrompre ces jeunes filles en échauffant leur imagination et leurs sens, se faisaient dans le but de procurer au demandeur une satisfaction coupable ; que de telles circonstances, quelque réprobation qui

puisse s'attacher à la conduite du prévenu, sont exclusives du délit prévu par l'art. 334, et qu'en prononçant les peines édictées par cet article, l'arrêt en a faussement appliqué les dispositions [1]. »

1542. Une difficulté non moins grave s'est élevée au sujet de cette disposition de l'article qui veut que le prévenu ait *favorisé habituellement la débauche de la jeunesse*. Quels sont les éléments de cette condition du délit ? Il est évident en premier lieu qu'elle exige plusieurs faits successifs, car l'habitude est un fait complexe qui consiste dans une série d'actes ou une pratique réitérée du même acte. La Cour de cassation a dû rejeter un pourvoi, « parce qu'il était constaté en fait par l'arrêt attaqué que la scène de débauche, dans laquelle la prévenue avait attiré deux mineurs, s'était accomplie en un seul trait de temps, et un temps assez court ; que ce fait unique, si odieux qu'il soit, et quoiqu'il eût lieu avec le concours de deux personnes, ne pouvait constituer l'habitude, condition essentielle du délit prévu par l'art. 334 [2]. »

L'habitude résulte-t-elle des mêmes actes réitérés sur la même personne ? Est-il nécessaire qu'il y ait plusieurs victimes ? La jurisprudence de la Cour de cassation a varié sur ce point. Elle avait décidé par de nombreux arrêts : « que les faits dont la réunion constitue l'habitude doivent être considérés relativement à celui qui en est l'auteur, et non par rapport à ceux qui en ont été l'objet ; qu'il suit de là que des faits de corruption, répétés à de différentes époques, envers la même personne, peuvent caractériser l'excitation habi-

1. Cass., 15 mars 1860, Bull. n. 78 ; 14 août 1863, n. 220. — * * Cet arrêt toutefois contient plutôt une décision d'espèce qu'il ne pose un principe absolu. — Il a été jugé que la vente, à plusieurs reprises, et en assez grand nombre, de dessins impudiques faite à des mineurs constitue le délit prévu par l'art. 334 (Angers, 27 octobre 1871 ; S.71.2.276). Et cette décision a l'approbation, quoiqu'un peu hésitante, de M. Blanche (V, n° 149). La vue de gravures obscènes ne peut-elle pas être aussi dangereuse pour les mœurs que celle de l'acte lui-même ?

2. Cass., 29 déc. 1866, Bull. n. 309.

tuelle à la débauche [1]. » Mais un arrêt des chambres réunies déclare : « que l'attentat aux mœurs se compose de deux éléments, savoir : 1° la répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption sont excitées, favorisées ou facilitées, ou l'habitude ; 2° la pluralité des victimes livrées à la prostitution ou à la débauche, comme l'indique clairement cette expression collective employée par le législateur, *la jeunesse de l'un et de l'autre sexe* ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article 334 ne sauraient recevoir d'application, lorsque ces deux conditions : 1° d'habitude ou de répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption serait excitée, favorisée ou facilitée, et 2° de pluralité des personnes corrompues ou prostituées, ne se trouvent pas réunies [2]. » Ainsi, par ce dernier arrêt, la Cour de cassation, abrogeant sa première jurisprudence, exige, non plus seulement que les actes de corruption soient réitérés, mais que cette réitération ait lieu sur plusieurs personnes [3].

1543. Cette jurisprudence nous semble plus circonspecte sur un point que la loi. La Cour de cassation, à la vérité, persistait encore à cette époque à confondre dans les termes de l'article ceux qui excitent à la débauche pour assouvir soit leurs propres passions, soit les passions d'autrui, et cette doctrine a dû nécessairement influer sur son arrêt; car, en enlevant au délit son véritable caractère, il fallait l'environner de certaines conditions propres à réfréner d'indiscrètes poursuites. Le séducteur ne serait plus, dans ce système, passible de l'application de la loi qu'après avoir opéré plusieurs séductions ; mais cette condition de la pluralité des victimes a moins d'importance, si l'on admet, comme cela est établi aujourd'hui, que l'article 334 ne s'applique qu'aux individus faisant

1. Cass., 17 janv. et 17 sept. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 155 et 326 ; 29 janv. 1830, *ibid.*, 1830, p. 140 ; 4 janv. 1838, *ibid.*, 1848, p. 13 ; Devill. et Car., 1838.1.254.

2. Cass., 26 juin 1838, Devil. et Car., 1838.1.566.

3. V. encore dans ce sens Cass., 1er juin 1844, Bull. n. 193.

métier de prostituer. Le métier existe, en effet, lorsque l'agent a plusieurs fois tiré profit d'un acte de la même nature, lorsqu'à l'égard de la même personne il a fait le métier de proxénète, lorsque plusieurs actes d'excitation sont constatés à sa charge. Il n'importe alors que ces actes n'aient eu lieu qu'à l'égard de la même personne, car il faudrait décider que celui qui aurait trafiqué pendant plusieurs années de cette seule personne ne serait pas coupable d'une excitation à la débauche, ce qui nous semble inadmissible. Les anciens auteurs exigeaient également l'habitude comme un élément du délit, mais ils la faisaient résulter du nombre des actes, et non de celui des personnes : *Non dicitur leno nec lenocinii pœnâ punitur, qui semel tantum lenocinium fecit : requiritur enim consuetudo saltem per trinum actum*[1]. On croit trouver la pluralité des victimes dans le mot *jeunesse* qu'emploie l'article ; mais l'emploi de ce mot s'explique par l'intention d'y comprendre les deux sexes, et d'ailleurs il désigne l'âge, et non une collection d'individus. Dans la discussion du Code, on voit que la commission du Corps législatif et le Conseil d'Etat hésitèrent entre les mots de *jeunesse* et d'*individus au-dessous de vingt ans*, et nulle expression ne permet d'admettre que la première de ces locutions ait été employée pour imposer la nécessité d'une pluralité d'individus : la loi a puni la flétrissure tentée sur la jeunesse, comme les anciens punissaient l'outrage fait à la vieillesse. C'est l'âge qu'elle a voulu protéger : *Maxima debetur puero reverentia*.

1544. Cette opinion a définitivement prévalu. Après deux arrêts rendus dans le sens de la jurisprudence des chambres réunies[2], la question s'étant présentée de nouveau, un dernier arrêt, rendu à notre rapport, a déclaré : « que l'art. 334 punit d'une manière générale tous ceux qui trafiquent de la corrup-

1. Farinacius, quæst. 144, num. 35 ; Menochius, de arbitr., quæst. casu 534, num. 49.

2. Cass., 1er juin 1844, Bull. n. 193.

tion de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens pour la livrer à la prostitution, pourvu que la fréquence et la répétition des faits prennent le caractère d'une habitude criminelle ; que cette habitude peut évidemment résulter soit de faits de corruption répétés à différentes époques envers la même personne, soit des mêmes faits successivement pratiqués envers des personnes différentes ; que le jugement attaqué constate que la demanderesse a, par ses actes réitérés d'excitation, provoqué une jeune fille mineure de 21 ans à se livrer à la débauche et lui en a facilité les moyens ; qu'en jugeant ainsi, les juges ont fait une saine application de la loi [1]. » Ainsi la pluralité des victimes n'est point une condition essentielle de l'habitude : il suffit de faits réitérés pour la constituer.

1545. Est-il du moins nécessaire que le proxénète ait favorisé les passions de plusieurs individus, ait agi dans l'intérêt de plusieurs séducteurs ? Non, si l'habitude peut se constituer par d'autres faits. Un arrêt décide « qu'il n'est pas nécessaire, pour que le proxénétisme soit atteint et puni par l'art. 334, qu'il se soit entremis pour favoriser les passions de plusieurs individus ; que la fréquence et la continuité des actes de prostitution, dans l'intérêt des passions d'un seul, en constituant l'habitude, rend applicables en même temps au proxénète les dispositions de cet article [2]. » Ainsi, ce n'est pas le concours prêté à plusieurs actes de séduction qui constitue l'habitude ; la loi n'exige ni la pluralité des victimes, ni la pluralité des séducteurs ; elle n'a pas indiqué les éléments de l'habitude ; elle en a laissé l'appréciation aux juges. Ce qui la constitue, c'est la fréquence et la continuité des actes et non le nombre des personnes qui sont l'objet de ces actes ; c'est l'exercice ou du métier ou d'une action incessante ou successive, avec le but d'exciter ou de faciliter la corruption. Il importe peu que l'agent ne soit l'intermédiaire que d'un seul séducteur vis-à-vis d'une seule mineure,

1. Cass., 31 janv. 1850, Bull. n. 40 ; 10 déc. 1869, n. 256 ; 1er mai 1863, n. 135.

2. Cass., 15 oct. 1853, Bull. n. 517.

s'il a été l'instrument continu et habituel de leur rapprochement et du commerce de ces deux personnes. Ce sont les actes qu'il faut apprécier, c'est leur réitération, ce sont les époques plus ou moins rapprochées de leur perpétration. L'habitude est un fait qui se compose d'éléments complexes et multiples : elle peut résulter soit de rapports successifs avec plusieurs personnes, soit de la continuité des mêmes rapports avec une seule ; mais elle ne puise pas exclusivement ses éléments constitutifs dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories de faits.

1546. Cette question en fait naître une autre qui en est en quelque sorte le corollaire : il s'agit de savoir si le deuxième alinéa de l'art. 334 exige, comme le premier, le concours de l'*habitude* pour la constitution du délit. La cour de Cassation avait d'abord jugé l'affirmative par un arrêt du 11 sept. 1829 [1] ; mais l'opinion contraire paraît implicitement résulter de deux arrêts postérieurs des 26 juin et 26 octobre 1838 [2]. Ces arrêts ne donnent, du reste, aucun motif de leur décision ; mais on peut la fonder sur ce que les termes du deuxième alinéa de l'art. 334 ne se lient point nécessairement avec le premier; d'où il suivrait que l'on peut concevoir dans cet article deux délits, dont l'un se composerait d'une succession des faits incriminés, dont l'autre serait constitué par la perpétration d'un seul de ces faits : or, dans ce dernier cas, la sévérité de la loi serait justifiée, puisque les pères, mères ou tuteurs sont plus répréhensibles pour un seul acte de cette nature qu'ils exercent sur leurs enfants ou leurs pupilles, que des étrangers pour une suite de ces mêmes actes. Telles sont sans doute les considérations qui ont entraîné l'opinion de M. Carnot : « Faut-il, dit ce criminaliste, que dans l'application du 2e § de l'art. 334, comme dans le premier, la débauche ait été habituellement excitée? Le législateur a parlé dans ce 2e § de prostitution et de corruption, sans y attacher la circons-

1. Journ. du dr. crim., 1829, p, 326; et arr. Nancy, 10 déc. 1833, *Ibid.*, 1834, p. 149.

2. Journ. du dr. crim., 1838, p. 196, et 1839, p. 54; et Cass., 21 fév. 1840, Bull. n. 62; Dev.40.1.872.

tance de l'habitude, de sorte que ce ne serait pas en violer les dispositions, ce serait, au contraire, faire une juste application aux pères et mères et autres individus chargés de la surveillance des mineurs, lors même qu'il ne serait pas établi qu'ils auraient habituellement favorisé leur débauche [1].» Nous ne pouvons adopter cette doctrine ; les deux alinéas de l'art. 334 sont intimement liés l'un à l'autre : le deuxième alinéa n'a fait qu'aggraver la peine à raison de la qualité des coupables et du devoir plus sacré qu'ils violent en commettant le délit ; mais les éléments de ce délit sont les mêmes. Ce qui le prouve, c'est que le deuxième aliéna se borne à indiquer la circonstance aggravante et la peine ; il n'énonce pas même les circonstances du délit, et par exemple l'âge des victimes ; il faut donc se référer au premier alinéa pour connaître qu'il s'agit uniquement de la corruption exercée sur des mineurs de 21 ans ; il en est de même de la circonstance de l'habitude. Nous en trouvons une autre preuve dans l'article qui suit immédiatement celui-là ; il commence ainsi : *Les coupables du délit mentionné au précédent article* ; dans le système que nous combattons, il faudrait qu'on lût *des délits*. Remarquez, du reste, qu'il suffit que le père ou le tuteur livre à la prostitution ou excite à la débauche un seul de ses enfants ou de ses pupilles, pour devenir passible des peines légales, pourvu que les actes d'excitation se soient répétés. Ici, comme dans le premier alinéa, c'est l'habitude, c'est le trafic que la loi a voulu atteindre ; et cette habitude existe, ainsi que nous l'avons établi tout à l'heure, dès que le coupable favorise successivement plusieurs actes de corruption de la part de la même personne.

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt qui, répudiant la première jurisprudence de la Cour, a déclaré : « que le premier alinéa de l'art. 334 exige, pour l'application de la peine qu'il institue, que le prévenu ait excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse ; que la circonstance de l'habitude est donc un élément essentiel de ce délit ; que le deuxième alinéa du même

1. Comm. du Code pénal, tome 2, p. 101.

article se réfère au premier alinéa, et par conséquent ne prévoit et ne réprime qu'une circonstance aggravante du même délit, résultant de l'autorité appartenant aux pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de la surveillance des mineurs de 21 ans; qu'en effet, l'art. 335, qui définit les incapacités auxquelles peuvent être successivement condamnés les coupables, et qui comprend les cas prévus par les premier et deuxième alinéas de l'art. 334, ne les considère que comme constituant un seul délit; d'où il suit que le législateur n'a pas fait de ce deuxième alinéa un délit distinct et spécial [1]. »

1547. Tels sont les caractères constitutifs du délit d'attentat aux mœurs. Ces caractères se résument dans ces deux règles : la loi n'a voulu atteindre que les personnes qui s'entremettent pour favoriser la débauche des mineurs, soit qu'elles soient chargées de la surveillance de ces mineurs, soit qu'elles leur soient étrangères ; elle ne les punit que lorsqu'elles se livrent habituellement à cette infâme entreprise. Ainsi le délit n'existe que par le concours de ces deux circonstances : 1° il faut que la débauche ou la corruption n'ait pas été excitée dans le but de satisfaire sa propre passion, sauf le cas où l'agent s'est fait lui-même un intermédiaire de corruption ; 2° qu'il y ait eu habitude des actes d'excitation, c'est-à-dire réitération de ces actes, soit que cette réitération se soit manifestée sur une seule personne ou sur plusieurs.

1548. Nous allons maintenant faire l'application de ces règles à quelques espèces qui ont offert des difficultés.

En premier lieu, est-il nécessaire, pour l'existence du délit, que la corruption ait été consommée, que le mineur ait été flétri par la débauche ? Cette question était vivement agitée par les anciens jurisconsultes. Les deux côtés de la controverse s'étayaient également sur le texte diversement interprété de la loi 1, § 2, au Dig. *De extraordinariis criminibus* : *Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulâ deportatur*. Farinacius cite les docteurs qui avaient embrassé l'une

1. Cass., 10 mars 1848, Bull. n. 63; 10 déc. 1869, n. 256. — * * V. dans le même sens Cass., 20 août 1875 ; Bull. n. 275.

et l'autre opinion, et s'arrête à celle que le délit n'existe pas quand la tentative de corruption n'a été suivie d'aucun résultat: *Ut lenocinii pœna non habeat locum, effectu non sequuto, ut putà quia mulier à lenâ sollicitata noluerit consentire* [1]. Il nous semble qu'en présence du texte de l'art. 334, cette question a cessé d'exister: en effet, cet article place le délit dans le rôle du proxénète, dans les efforts qu'il fait pour corrompre et prostituer ; il ne se préoccupe nullement du résultat. Ainsi l'attentat aux mœurs consiste, d'après ses termes, dans le fait de *faciliter*, d'*exciter* la débauche; il ne consiste pas dans l'acte même de cette débauche ; il suffit que le proxénète ait prêté son entremise pour amener ce résultat, que le but de ses démarches ait été celui-là ; le délit se trouve consommé à son égard par la perpétration de ces actes d'excitation. Cette doctrine est confirmée par un arrêt de la Cour de cassation, ainsi conçu : « Sur le moyen tiré de la fausse application de l'art. 334 du Code pénal, en ce que la jeune fille, objet des attouchements du prévenu, serait restée pure et n'aurait pas été débauchée: attendu que l'article précité ne punit pas seulement la prostitution et la corruption de la jeunesse, et qu'il a pour but aussi de réprimer et de punir l'excitation à la corruption et à la débauche, lorsqu'elle résulte de faits réitérés qui constituent une habitude; rejette [2]. »

1549. Une autre question est de savoir si l'art. 334 s'applique à ceux qui livrent à la prostitution de jeunes filles mineures qui, avant leur entremise, étaient déjà prostituées. La Cour de Rennes a jugé affirmativement cette question [3], et nous partageons complètement cet avis. La loi, en effet, ne fait aucune distinction, elle punit tous ceux qui font métier d'exciter à la débauche des jeunes gens mineurs de 21 ans; qu'importe que ces mineurs soient déjà débauchés? La morale distingue-t-elle entre ceux qui leur infiltrent les premiers

1. Quæst. 144, num. 33.

2. Cass., 5 juill. 1834, Devill. et Car., 1834.1.844 ; 14 août 1863, Bull. n. 220.

3. Arr. Rennes, 16 mars 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p. 370.

sentiments de corruption et ceux qui les entretiennent dans ces sentiments? Ces derniers ne sont pas quelquefois les moins coupables : les uns et les autres doivent être soumis aux mêmes peines. Les proxénètes seraient-ils excusables si les jeunes filles qu'ils livrent à la prostitution ont été inscrites à la police, et semblent avoir reçu de cette inscription une autorisation tacite ? La réponse doit être négative. Les livrets et l'inscription des filles publiques sur les registres de la police ne sont point de sa part une autorisation de se livrer à la prostitution ; cette mesure, prise dans un intérêt public, n'a d'autre but que de les soumettre à la surveillance de l'autorité et aux visites médicales qu'elle prescrit. La police doit nécessairement soumettre les filles mineures aux mesures de surveillance communes à toutes les filles publiques ; il est donc impossible de voir dans ces mesures une autorisation qui puisse devenir une excuse du delit. C'est aussi dans ce sens que la Cour de cassation a résolu cette question, en déclarant : « que l'art. 334 punit également ceux qui attentent aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement, soit la débauche, soit la corruption des jeunes gens de l'un et de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans ; que si, parmi plusieurs filles publiques dont le prévenu était accusé de faciliter la débauche, il en était une âgée de moins de 21 ans, le tribunal a décidé, en droit, que cette fille étant inscrite à la police sur la liste des filles publiques, le prévenu était fondé à croire, par cela seul, que cette fille était âgée de plus de 21 ans, et qu'à raison de ce, la peine portée par l'art. 334 ne lui était pas applicable ; que, par une telle décision, le tribunal a créé une exception qui n'est point dans la loi, et que par suite il a violé la disposition de l'art. 334, qui punit tous ceux qui attentent aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche des jeunes gens au-dessous de 21 ans[1]. »

1550. Ceci nous conduit à l'application qui peut être faite de

1. Cass., 17 nov. 1826, Bull. n. 230, et dans le même sens, Douai, 5 fév. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 82. V. aussi Cass., 12 déc. 1863, Bull. n. 293 ; 5 mars 1863, n. 81.

l'art. 334 aux filles publiques. Ces femmes sont tolérées dans l'exercice de leur ignoble profession ; mais cette tolérance, suivant les termes du réquisitoire qui a précédé l'arrêt dont nous allons parler, « ne va pas au delà du concubinage simple, qu'il n'y a pas moyen d'empêcher, et qui en soi est une faute grave, et non pas un délit ». Dans ce cas, malgré ses actes habituels et répétés de débauche, la fille publique n'est pas poursuivie. Mais la tolérance ne peut aller au delà; elle ne peut couvrir ce qui est excessif, elle ne peut s'étendre à des faits qui prennent le caractère de délit. Ainsi, dans une espèce où il était constaté qu'une fille publique recevait dans sa chambre plusieurs mineurs à la fois et qu'elle se livrait à la prostitution avec chacun d'eux successivement, il a été jugé que ce n'était pas là un acte d'exercice de sa profession, mais un cas d'application de l'art. 334, « puisque, indépendamment de ce que cette femme se rendait l'instrument volontaire de la corruption et de la débauche de ceux à qui elle se prostituait, le fait seul qu'elle donnait volontairement et sciemment à des mineurs le spectacle de pareilles scènes d'impudicité, impliquait virtuellement, et par la nature même des choses, une corruption et une excitation de ces jeunes gens à la débauche [1]. » Et, en effet, comment justifier la fille publique ? Dira-t-on qu'elle ne faisait qu'exercer son métier et se procurer un lucre ? Cela ne serait pas exact, car son métier, qui est de se livrer au concubinage, ne lui donne pas le droit d'exciter impunément les mineurs à la débauche ; elle peut faire un acte de débauche, elle ne peut pas leur enseigner la débauche par le spectacle de ses actes. Soutiendra-t-on que du moins elle ne faisait pas acte de proxénétisme ? Cela est vrai, mais elle était un intermédiaire de corruption à l'égard des jeunes gens qu'elle rendait témoins de sa prostitution, et les excitait à la débauche, non-seulement en vue du profit qu'elle en attendait, mais en même temps en vue de les corrompre et de les dégrader.

1551. Nous avons vu que le séducteur, qui ne cherche que

1. Cass., 7 juill. 1859, Bull. n. 168.

la satisfaction de ses passions, coupable aux yeux de la morale, demeure à l'abri de l'application pénale. En est-il ainsi s'il emploie des moyens réprouvés par la loi, s'il s'associe à des manœuvres punissables, s'il se rend complice du proxénète qui le sert ? Il semble, à la première vue, qu'il y a une sorte de contradiction à saisir le séducteur que la loi n'a pas voulu punir, comme complice de l'agent qu'il a employé pour consommer la séduction ; car s'il est exempt de la peine à raison du fait de séduction, comment y serait-il exposé à raison des moyens dont il s'est servi pour accomplir ce fait ? Mais on peut opposer à cette objection une double réponse. La première est que la règle qui saisit les complices de tous les délits n'a pas fait d'exception. La Cour de cassation, après avoir posé le principe de la complicité de l'attentat aux mœurs dans deux arrêts [1], a donc pu l'appliquer explicitement par un arrêt qui déclare : « que si l'art. 334 doit être entendu en ce sens qu'il n'atteint que celui qui s'est employé comme entremetteur à exciter, favoriser ou faciliter habituellement la corruption de la jeunesse dans l'intérêt des passions d'autrui, il ne résulte aucunement de cette interprétation que cet article exclut la complicité du corrupteur qui, par dons ou promesses, a provoqué, pour satisfaire son libertinage, l'intervention du proxénétisme ; que l'incrimination résultant de la complicité est une règle générale qui s'applique à tous les délits, lorsqu'elle n'est pas exclue par une disposition formelle qui, au cas particulier, n'existe pas [2]. » La deuxième réponse est que le séducteur ne peut être réputé complice qu'à deux conditions : il faut qu'il ait employé l'un des modes de complicité prévus par l'art. 60 ; il faut qu'il ait participé à tous les actes nécessaires pour constituer le délit et par conséquent à l'habitude qui doit caractériser les actes soit du proxénète, soit de l'intermédiaire. Or cette double condition est, ainsi qu'on va le voir,

1. Cass., 5 août 1841, Bull. n. 226 ; 29 avril 1842, Bull. n. 104.

2. Cass., 10 nov. 1860, Bull. n. 231 ; 13 fév. 1863, n. 47. — * * V. aussi Cass., 6 février 1875 ; Bull. n. 42 ; — Rouen, 16 nov. 1877 S.78.2.14.

une garantie suffisante que la réserve prudente de la loi ne sera point éludée.

1552. En ce qui touche les modes de complicité, l'arrêt qui vient d'être cité ajoute avec raison : « qu'on objecterait vainement que cette interprétation de la loi annule les conséquences légales de la restriction au proxénète de l'application de l'article 334 ; qu'en effet, celui qui n'a commis qu'un acte de séduction personnelle et directe, sans recourir à un agent intermédiaire de corruption, n'en reste pas moins en dehors de l'application de la loi pénale ; mais que cette immunité légale n'a plus sa raison d'être, et conséquemment doit cesser d'exister, lorsque, dans des circonstances évidemment plus coupables, le séducteur a fait appel à l'intervention d'un tiers pour parvenir à satisfaire ses passions personnelles ; que, dans ce cas, lorsque la provocation se produit dans les conditions de l'art. 60, le séducteur devient le complice du proxénète et se rend passible de la peine édictée en l'art. 334 ; qu'il doit en être ainsi alors même que les remises d'argent, les dons ou promesses destinés à salarier l'intermédiaire n'auraient pas été habituellement effectués, l'habitude nécessaire pour caractériser le délit d'excitation à la débauche n'étant pas exigée par l'art. 60 pour constituer la provocation par dons ou promesses et la complicité qui en est la conséquence légale. »

1553. Mais, en ce qui touche la participation à tous les actes du proxénétisme, la question devient délicate, car il n'y a pas de complicité si l'agent ne s'est pas associé à tous les actes élémentaires du délit ; or, comme l'habitude est l'un de ces éléments, il s'ensuit que le séducteur ne peut être atteint que s'il a habituellement participé aux actes du proxénète[1]. Dans une espèce où un individu avait emmené avec lui une jeune fille mineure et l'avait gardée pendant onze jours, après avoir donné 20 francs à ses père et mère et leur avoir fait des promesses, une poursuite pour complicité d'attentat aux mœurs fut intentée contre lui. Condamné en vertu des art. 60 et 334, il s'est pourvu, et l'arrêt a été cassé : « at-

1. * * Cass., 20 août 1875 ; Bull. n. 275.

tendu qu'il ne suffit pas que l'habitude de l'excitation à la débauche soit prouvée contre l'entremetteur ou le proxénète par rapport à d'autres individus, qu'il faut encore que cette habitude existe par rapport au complice et dans les relations qui se sont établies entre ce dernier et l'agent intermédiaire de la corruption ; que les faits constatés n'établissent pas que les père et mère aient excité habituellement leur fille à se livrer au prévenu ; que si, ultérieurement des relations suivies et habituelles se sont établies entre le prévenu et la jeune fille, cette circonstance, postérieure au pacte immoral consenti par les père et mère, ne saurait constituer à leur égard l'habitude de l'excitation, parce que rien n'établit qu'après s'être séparés de leur fille, ils aient persévéré dans le consentement donné à sa prostitution [1]. » Ainsi, il faut reconnaître d'abord, avec cet arrêt, que, dans l'espèce, l'habitude ne pouvait résulter ni de la réitération des dons et promesses, puisque ces dons et promesses n'étaient que le prix d'une seule convention, d'un seul marché ; ni de la durée de la cohabitation de la jeune fille avec le séducteur, puisque cette cohabitation était un fait postérieur au délit. Elle pouvait en être la conséquence, elle ne pouvait en aucun cas en être un élément. L'habitude prévue par la loi est l'emploi habituel des moyens propres à amener la corruption elle-même ; elle consiste dans la réitération des mêmes moyens, dans les efforts mis en usage pour procurer la débauche, et non dans la durée de cette débauche. Mais est-il vrai qu'elle puisse résulter de la persistance et de la continuation du consentement des père et mère ? Il est clair qu'elle doit se manifester par une série d'actes qui établissent, à l'égard de l'intermédiaire, l'intention de continuer son entremise et d'en faire en quelque sorte son métier, et à l'égard du séducteur, la participation aux actes nécessaires pour qu'il y ait, en ce qui le concerne, emploi habituel de ces moyens. Un seul acte de connivence, une seule stipulation, lors même que cette stipulation aurait été exprimée à plusieurs reprises, ou que

1. Même arrêt (10 nov. 1860). — * * Comp. toutefois Cass., 22 juill. 1880 ; Bull. n. 149.

son exécution se serait manifestée par plusieurs actes, ne constituerait pas l'habitude relativement au séducteur ; cette circonstance ne peut résulter que d'actes distincts successivement employés par le proxénète, lors même qu'ils n'auraient qu'un même but et que l'entremise n'aurait eu pour objet qu'une seule personne.

1554. En terminant nos observations sur l'art. 334, nous ne devons pas omettre de mentionner la modification que la commission du Corps législatif proposait, en 1863, d'introduire dans cet article, bien que cette modification n'ait pas été adoptée. Il ne faut pas qu'on puisse donner à cette proposition et à ce rejet un caractère qu'ils n'ont pas eu. La proposition était due à l'initiative de la commission. On lit dans son rapport :

« Des termes de l'art. 334, qui ne définit pas assez nettement les faits qu'il a l'intention de punir, sont nées trois questions principales. L'excitation à la débauche n'est-elle que le délit des proxénètes, c'est-à-dire des personnes qui font métier de cet infâme trafic, et qui n'ont en vue, en servant les passions d'autrui, que le profit qu'elles doivent en retirer, ou bien comprend-elle en outre ceux qui excitent à la corruption, non plus par métier et pour les autres, mais pour eux-mêmes et pour satisfaire leurs propres passions ? L'habitude d'excitation à la débauche existe-t-elle par cela seul qu'elle se manifeste par des actes réitérés sur la même personne, ou bien cette habitude exige-t-elle essentiellement la pluralité des victimes ? L'excitation à la débauche des mineurs imputable aux pères, mères, tuteurs ou autres personnes chargées de leur surveillance, exige-t-elle le concours de l'habitude pour constituer le délit ? Ces questions sont graves ; elles ont été souvent portées devant les tribunaux et elles ont reçu des solutions contradictoires. »

Le rapport, après avoir résumé en quelques lignes les motifs de la décision que nous avons développée (nos 1543 et suivants), ajoute :

« Par toutes ces raisons, nous n'avons pas hésité à déclarer que l'excitation à la débauche ne serait un délit que lorsqu'elle serait imputable au proxénète et aurait pour but de satisfaire les passions d'autrui. Nous pensons aussi qu'il y a métier honteux et punissable, aussi bien lorsque l'agent a plusieurs fois tiré profit d'un acte de la même nature à l'égard d'une seule et même personne, que lorsqu'il a trafiqué de plusieurs, et

nous disons nettement que l'habitude d'excitation à la débauche résulte aussi bien d'une seule que de la pluralité des victimes. Enfin, quoique le texte actuel exige évidemment l'habitude dans tous les cas, même alors que l'instigateur est le père ou la mère de la victime, ou une des personnes chargées de sa surveillance, nous n'hésitons pas à vous proposer sur ce point une modification qui mettra la loi d'accord avec la morale. En conséquence, nous avons proposé de rectifier l'art. 334 ainsi qu'il suit : « Quiconque, *dans le but de satisfaire les passions d'autrui*, aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption *d'une ou de plusieurs personnes* de l'un ou de l'autre sexe, au-dessous de l'âge de 21 ans, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 50 à 500 fr. Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée, *même sans qu'il y ait habitude*, par leurs pères, mères, tuteurs, ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement, et de 300 à 1,000 francs d'amende. »

Lorsque cet article a été mis en délibération dans le Corps législatif, le rapporteur a demandé qu'il fût renvoyé à la commission pour être examiné de nouveau. Un député a demandé son rejet. Ses motifs ont été que l'article du Code se prête mieux à la répression des attentats aux mœurs que le texte de la commission ; que la jurisprudence, en interprétant cet article, avait pris d'excellentes solutions que la rédaction nouvelle allait renverser et qu'il était utile de maintenir, avec le texte de la loi, une jurisprudence qui en avait fait une saine application. M. Cordoën, commissaire du Gouvernement a appuyé cette opinion :

« Je crois, a dit M. Cordoën, qu'il est plus utile de revenir à l'art. 334 ancien et de laisser la jurisprudence achever l'œuvre qu'elle a commencée. La Cour de cassation, après avoir décidé que l'art. 334 ne s'appliquerait pas à la séduction personnelle, et qu'il y aurait plus d'inconvénient que d'avantage à toucher à la séduction personnelle quand elle se renferme dans le mystère du foyer domestique, a décidé que toutes les fois qu'on sortait de la séduction exclusivement personnelle, on rentrait dans les termes aussi bien que dans l'esprit de l'art. 334. Je ne parle pas des exceptions faites par la jurisprudence ; mais ce qui me paraissait extrêmement regrettable, c'était l'addition de ces mots : « Dans le but de satisfaire les passions d'autrui. » J'avais la crainte que l'addition de ces mots n'empêchât le maintien d'une jurisprudence qui était éminemment utile, éminemment morale. Lorsque l'homme débauché, au lieu d'exercer la séduction personnelle sur un seul mineur, l'exerçait sur deux à la fois,

en présence l'un de l'autre, la Cour de cassation déclarait qu'il y avait là en quelque sorte un enseignement de débauche et que l'enseignement de débauche, en agissant d'un mineur sur l'autre, constituait l'excitation la plus odieuse et la plus caractérisée. Avec les expressions introduites dans l'art. 334, toute cette jurisprudence, qui s'était formée peu à peu comme par une sorte d'alluvion, devenait impossible ; et c'est pour cela que nous louons M. Nogent-Saint-Laurens d'avoir demandé le rejet de l'article de la commission et le retour à l'ancien art. 334 du Code, qui, sérieusement appliqué, suffira à la protection efficace de la morale publique. »

L'article de la commission a été rejeté, et le rapporteur a dit : « Vous en comprenez la conséquence, c'est le retour à l'ancien article du Code pénal. » Il résulte de ces explications que les motifs du rejet ont été, non la pensée d'attaquer la doctrine professée par la commission, mais uniquement la crainte d'affaiblir et d'ébranler la jurisprudence fondée sur le texte du Code. L'art. 334 est donc maintenu purement et simplement, sans qu'on puisse induire de cette disposition aucun élément de nature à modifier l'interprétation qui lui a été donnée par les arrêts de la Cour de cassation que nous avons rapportés.

1555. Il est essentiel enfin de remarquer la différence caractéristique qui sépare l'attentat aux mœurs, soit de l'outrage public, soit de l'attentat à la pudeur. L'outrage public et l'attentat à la pudeur se manifestent par des actes immédiats et licencieux qui sont commis soit publiquement, soit sur la personne d'autrui, et qui sont de nature à blesser soit la décence publique, soit la pudeur de la personne qui les subit. L'attentat aux mœurs suppose, au contraire, une séduction calculée et secrète ; les actes qui le constituent, couverts d'un voile épais, consistent dans des paroles provocatrices, dans des propositions infâmes, dans le concours donné à la prostitution : ils ne se révèlent guère que par leurs effets. Ainsi ces délits ne sont pas seulement distincts, ils prennent leur source dans un ordre de faits différents, dans une criminalité particulière : les premiers dérivent d'un désordre effréné des sens ; l'autre, d'une flétrissante corruption qui se met au service des passions d'autrui pour en profiter. De cette distinction découle une double conséquence.

La première est que le délit d'attentat aux mœurs ne pourrait être posé, dans une accusation d'attentat à la pudeur, comme une modification du fait principal et comme question résultant des débats. Ce serait une accusation nouvelle, fondée sur une appréciation distincte des mêmes faits, et non une modification subsidiaire de cette accusation. La Cour de cassation a paru adopter cette décision lorsqu'elle a déclaré : « que le délit d'attentat aux mœurs ne peut être posé comme alternative et résultant des mêmes faits avec les crimes prévus par les art. 331, 332 et 333 du Code pénal [1]. »

La deuxième conséquence est que l'acquittement de l'accusation d'attentat à la pudeur ou de viol n'est point un obstacle à ce que l'accusé soit de nouveau poursuivi pour attentat aux mœurs, lorsque le même fait sert, en partie du moins, de base aux nouvelles poursuites. La Cour de cassation l'a ainsi jugé sous l'empire d'une jurisprudence qui considère comme un attentat aux mœurs la séduction opérée dans un intérêt personnel et par conséquent qui établit d'intimes rapports entre ce délit et l'attentat a la pudeur. L'arrêt qui consacre cette décision, après avoir établi que l'acquittement de l'accusé, dans le système du Code d'instruction criminelle, ne purge que l'accusation sur laquelle le jury a prononcé, et non les autres accusations auxquelles le même fait peut donner lieu, ajoute : « que l'attentat aux mœurs, objet de l'art. 334, qui ne le range que dans la classe des délits, est un fait essentiellement différent du fait du viol ; que le prévenu poursuivi et jugé pour délit d'attentat aux mœurs, depuis son acquittement du crime de viol n'est donc pas poursuivi et jugé à raison du même fait ; qu'il n'y a donc pas dans sa condamnation à raison de ce délit violation de l'art. 360 du Code d'instruction criminelle [2]. » A plus forte raison faudrait-il le décider ainsi, si l'on restitue au délit d'attentat aux mœurs ses véritables éléments, car la séparation plus profonde qui le distingue alors des crimes contre la pudeur, et le caractère spécial

1. Cass., 11 mai 1832, Dev. et Car., 1832.1.831.

2. Cass., 22 nov. 1816, Devill., p. 251 ; Dall., t. 2, p. 595 ; 5 juill. 1834, Jour. du dr. crim., 1834, p. 233 ; 13 avril 1845, Bull. n. 125.

que la loi lui a imprimé, ne permettent pas de le considérer comme compris dans une accusation qui ne portait que sur l'un de ces crimes[1].

Mais si le délit d'excitation habituelle à la débauche a été l'objet de la première poursuite, et que l'acquittement ait été fondé sur ce que la réunion des faits qui doivent former l'habitude n'était pas établie, on ne pourrait renouveler cette poursuite sous prétexte que de nouveaux faits, postérieurement découverts, peuvent, réunis aux premiers, constituer cette habitude, élément du délit : car les premiers faits faisaient partie de la prévention qui a été jugée ; ils sont donc couverts par l'acquittement ; ils ne peuvent servir d'élément à une nouvelle prévention, sans violer la maxime *non bis in idem*. Les derniers faits peuvent motiver une autre poursuite, mais ils ne peuvent faire revivre les faits anéantis par le premier jugement[2].

1556. Les peines du délit d'attentat aux mœurs sont, aux termes de l'art. 334, un emprisonnement de six mois à deux ans, et une amende de 50 à 500 francs, à l'égard des simples proxénètes ; et ces peines s'élèvent, l'emprisonnement de deux ans à cinq ans, et l'amende de 300 à 1,000 fr., à l'égard des personnes chargées de la surveillance des mineurs. Mais l'article 335 a attaché à ces peines principales plusieurs peines accessoires ; cet article est ainsi conçu : « Les coupables du délit mentionné au précédent article seront interdits de toute tutelle et curatelle et de toute participation aux conseils de famille, savoir : les individus auxquels s'applique le premier paragraphe de cet article, pendant deux ans au moins et cinq ans au plus, et ceux dont il est parlé au deuxième paragraphe, pendant dix ans au moins et vingt au plus. Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accor-

1. Merlin, Rép., v° *Non bis in idem*, n. 5 *bis* ; Legraverend, t. 1er, p. 446 ; Mangin, Traité de l'act. publ., n. 409.

2. V. toutefois dans un sens contraire, en matière d'injure, Cass., 5 août 1826, Bull. p. 431 ; cet arrêt a été critiqué par M. Mangin, Traité de l'act. publ., t. 2, p. 352.

dés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil. — Dans tous les cas, les coupables pourront de plus être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police, en observant pour la durée de la surveillance ce qui vient d'être établi pour la durée de l'interdiction mentionnée au présent article [1]. »

Nous nous bornerons à faire remarquer sur cet article : 1° que l'interdiction des fonctions de tuteur et d'assistance aux conseils de famille est nécessaire et non facultative : la fixation de la durée de cette interdiction est seule laissée aux tribunaux ; 2° que les pères et mères déclarés coupables ne sont privés de leurs droits et avantages qu'à l'égard des enfants dont ils ont favorisé la débauche : ils conservent les droits de la puissance paternelle sur la personne et les biens de leurs autres enfants ; l'art. 335, en effet, parle restrictivement *de l'enfant*, et dès lors la peine ne peut être étendue au delà de ses termes ; 3° que la surveillance (aujourd'hui l'interdiction de résidence) n'est point une conséquence nécessaire de la condamnation ; purement facultative, c'est aux juges qu'il convient de l'appliquer suivant les circonstances, dans les limites de deux à cinq ans dans le premier cas, et de dix à vingt ans dans le second.

1. * * La surveillance de la haute police a été supprimée par la loi du 27 mai 1885 (art. 19), et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement.

CHAPITRE LVI.

DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR SANS VIOLENCE.

(Commentaire de l'art. 331 du Code pénal.)

1557. Lacune dans le Code pénal de 1810 relativement aux attentats à la pudeur commis sans violence sur les enfants.
1558. Cette lacune n'existait ni dans les législations anciennes ni dans quelques législations modernes.
1559. La loi du 28 avril 1832 a réparé cette omission : origine et motifs de l'art. 331.
1560. Nouvelle modification apportée par la loi du 13 mai 1863 : l'âge des victimes de l'attentat fixé à treize ans au lieu de onze.
1561. Deuxième paragraphe ajouté à l'art. 331 par la loi du 13 mai 1863 : perpétration de l'attentat par les ascendants.
1562. Le premier élément du crime est qu'il y ait attentat à la pudeur sur la personne des enfants. Ce qu'il faut entendre par attentat sur la personne.
1563. Il n'est pas indispensable de constater que l'attentat a été commis sans violence
1564. Le deuxième élément du crime est l'âge de la victime.
1565. Il n'appartient qu'au jury de déclarer cet âge.
1566. Il en est ainsi lors même que l'acte de naissance est produit.
1567. Circonstances aggravantes de cet attentat. Renvoi au chapitre suivant.
1568. Éléments du crime prévu par le deuxième paragraphe de l'art.331.
1569. Comment doit être posée au jury la question relative à ce crime?

1557. Le Code pénal de 1810 ne punissait l'attentat à la pudeur que dans les cas où il était accompagné de violence ou de publicité. Ainsi, toutes les fois qu'un enfant n'avait opposé aucune résistance aux manœuvres secrètes employées pour le séduire, ou même lorsqu'un consentement avait été frauduleusement obtenu de son ignorance, le crime restait sans répression [1].

1. Cass., 9 nov. 1820, Bull. n. 142 ; 28 janvier 1830, Bull. n. 25 ; 28 oct. 1830, Devill. et Car., 1830.1.66 ; Journ. du dr. crim., 1830, p. 353 ; 25 août 1821, Bull. n. 192.

A la vérité, quelques Cours d'assises, révoltées de l'impunité d'une action si criminelle, avaient essayé de la faire rentrer dans les termes de la loi, sous prétexte qu'il y avait *violence morale* exercée sur l'enfant. Mais le texte du Code résistait à cette interprétation, et il était difficile de la faire adopter par le jury : la Cour de cassation avait d'ailleurs décidé que l'article 331 du Code pénal ne s'appliquait qu'à la violence physique, et nullement à la violence morale [1].

Une véritable lacune existait donc dans la loi pénale. Il est certain, en effet, que la plupart des attentats commis sur de jeunes enfants ne sont point accompagnés d'une violence physique : ils n'en sont que plus odieux, puisqu'on corrompt leur volonté pour les accomplir. Mais cette corruption, qui exerce bien une sorte de violence morale sur leur esprit, sur leur chaste pensée, sur la pureté de leur enfance, diffère essentiellement de la violence matérielle : c'est une action distincte, une autre criminalité.

1558. On trouve dans la législation ancienne des traces de cette incrimination particulière. La loi romaine était fort explicite : *Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur, aut in exilium mittuntur* [2]. Si les jeunes filles étaient nubiles, *viripotentes*, la peine était la confiscation de la moitié des biens, ou la relégation avec une peine corporelle, suivant la condition du coupable : *Eâdem lege Juliâ stupri flagitium punitur cùm quis sine vi virginem stupraverit* [3].

Les jurisconsultes, féconds en distinctions, avaient établi plusieurs degrés dans l'âge de l'enfant : jusqu'à sept ans, *quando puella non est doli capax*, l'attentat était réputé commis avec violence, *per vim* ; après sept ans et jusqu'à douze, la présomption pouvait être combattue par la preuve contraire, *stuprum præsumitur commissum per vim nisi*

1. Cass., 28 oct. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 353.

2. L. 38, § 3, Dig. de pœnis ; l. 1, § 2, Dig. de extraordinariis criminibus.

3. Instit., l. 4, tit. 18, de publicis judiciis, § 4.

clarè probetur contrarium [1]. Mais ils étaient très divisés sur les peines applicables ; les uns voulaient que le coupable fût puni de la peine de mort toutes les fois que les violences étaient présumées [2] ; les autres, s'appuyant sur les textes du Digeste que nous venons de citer, combattaient l'application de cette peine [3] ; les autres, enfin, laissaient le châtiment à l'arbitraire du juge [4]. Menochius, pour soutenir ce dernier sentiment, fait remarquer que l'attentat commis sur un enfant n'a pas des effets aussi graves que sur une fille nubile, que le résultat physique du crime n'est pas le même, que la flétrissure morale qu'il jette à la victime est moins indélébile [5]. Muyart de Vouglans constate en ces termes l'ancienne jurisprudence : « A l'égard de viols de filles non nubiles, la peine ordinaire, suivant notre jurisprudence, est celle de mort, soit que le crime ait été consommé ou non ; et même, lorsque la fille est d'un âge fort tendre, comme si elle n'a pas encore atteint l'âge de six à sept ans, l'usage est de porter cette peine à celle de la roue [6]. » Jousse pense cependant que le châtiment pouvait être modifié suivant *les circonstances et la qualité de l'action* [7].

Quelques législations modernes avaient déjà recueilli cette incrimination. Le Code pénal allemand, « reproduisant, en les adoucissant, les pénalités du Code prussien » porte, art. 176: « Sera puni de la réclusion jusqu'à dix ans... 3° quiconque aura commis un attentat aux mœurs sur une personne au-dessous de 14 ans ou l'aura amenée à commettre ou à souffrir des actes de cette nature. » Le Code pénal belge a modifié notre art. 331 dans les termes suivants : Art. 372. « Tout attentat à la pudeur commis sans violence ni menaces sur une per-

1. Farinacius, quæst. 147, num. 45.
2. Bossius, Tract. caus. crim., tit. de coitu damnato, num. 67; Gomez, Tract. resol., t. 3, c. 1, num. 60.
3. Julius Clarus, Prax. crim., § Stuprum, in fine.
4. Menochius, de arb. jud. casu 294, n. 3.
5. *Ibid.*, n. 4.
6. Lois crim., p. 342.
7. Traité de just. crim., t. 3, p. 737.

sonne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe âgé de moins de 14 ans accomplis, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans. La peine sera la réclusion si l'enfant était âgé de moins de onze ans accomplis.» L'art. 112 du Code autrichien porte : « Toute tentative de viol exercée sur une personne âgée de moins de quatorze ans est considérée comme viol. » Enfin l'art. 339 des lois pénales de Naples, publiées en 1819, « disposait » également : « Le viol et tout autre attentat à la pudeur seront toujours présumés commis à l'aide de violences, s'ils ont eu lieu sur une personne âgée de moins de douze ans accomplis. »

1559. Il y avait donc une lacune dans le Code pénal : le Code punissait, à la vérité, d'une aggravation de peine le viol et l'attentat à la pudeur commis sur des enfants au-dessous de quinze ans ; mais il supposait toujours la violence comme élément nécessaire du crime. La loi du 28 avril 1832 a réparé cette omission : elle a établi un âge au-dessous duquel la violence est toujours présumée sur la personne des enfants ; cet âge était celui de 11 ans révolus.

Lors de la discussion de cette loi, un député proposa de faire descendre cette limite à quinze ans : « Notre Code pénal, dit-il, ne punit le viol ou l'attentat à la pudeur que quand ils ont eu lieu avec violence. L'article qui vous est soumis a pour objet de punir ces crimes, quoique commis sans violence, quand ils ont eu lieu sur un individu que sa jeunesse expose à une séduction facile : mais il ne s'applique qu'aux personnes âgées de moins de douze ans ; je propose de l'étendre à tous ceux âgés de moins de quinze ans. On a voulu punir l'effet de la séduction, si facile sur un individu qui n'est pas à même d'apprécier toute l'immoralité de l'action à laquelle on lui propose de se soumettre. Eh bien ! cette séduction n'est-elle pas à peu près aussi à craindre sur un enfant au-dessous de quinze ans que sur celui au-dessous de onze ? D'un autre côté, l'amendement que je propose mettra l'article en discussion plus en harmonie avec l'article 332 du Code pénal, qui punit l'attentat à la pudeur commis avec violence sur l'enfant au-dessous de quinze ans. » Cette proposition fut rejetée ; on ne pouvait, en effet, étendre la présomption de

la violence à un âge plus élevé où l'enfant a l'intelligence de l'action qu'il commet et peut se défendre. Un autre député avait proposé d'ajouter *révolus* après *onze ans* ; il fut répondu que c'était un pléonasme, puisqu'on n'aurait pas onze ans s'ils n'étaient révolus.

1560. La pensée morale qui avait dicté ces amendements s'est manifestée de nouveau dans la discussion de la loi du du 13 mai 1863. Le projet du gouvernement avait proposé de reculer la limite fixée par l'art. 331 jusqu'à 12 ans.

Le nombre de ces crimes, dit l'exposé des motifs, va croissant, malgré la répression à laquelle le juge ne fait pas défaut. Néanmoins on ne vous propose pas d'élever la peine, mais de reculer la limite d'âge. C'est le moyen d'atteindre ceux qui, par un odieux calcul, pour s'assurer l'impunité, ajournent leur attentat jusqu'au lendemain de la onzième année révolue. Les exemples n'en sont pas rares; la limite proposée de douze ans est celle qui existe dans beaucoup de pays d'Europe, et notamment en Toscane et dans les Deux-Siciles, où le développement de l'enfance est plus précoce que chez nous. La limite est de quatorze ans en Suisse, en Prusse et en Autriche.

Ces paroles semblaient contenir une sorte de provocation à reculer plus loin encore la limite proposée, et, en effet, le rapport de la commission a subi cette impulsion :

Votre commission a accueilli cette idée avec une telle faveur qu'elle a voulu reculer encore cette limite. Les attentats de ce genre se multiplient, et leur nombre toujours croissant prouve que la dépravation des mœurs l'emporte sur la réserve que l'enfance doit inspirer, et sur le respect qu'elle mérite. Il est juste de protéger les familles contre ce désordre moral. Puisqu'il atteint un si grand nombre d'enfants, qui n'ont pas même accompli l'âge de onze ans, combien n'en doit-il pas atteindre qui sortent à peine de cet âge! Et cependant qui oserait affirmer que, dès qu'il l'a dépassé, l'enfant est capable de donner un consentement réfléchi? Le plus souvent, même à douze ans, son développement physique ou intellectuel ne lui permet pas d'avoir une conscience entière de ses actes, et si quelques exceptions se rencontraient, quel inconvénient y aurait-il à le prémunir contre ses propres entraînements, et à le préserver d'une dégradation précoce? L'influence des climats est ordinairement prise en considération dans ces matières : la limite d'âge est fixée à 12 ans en Toscane, en Sardaigne et dans les Deux-Siciles, et à 14 ans en Suisse, en Prusse et en Autriche. Nous proposons de la fixer à 13 ans pour la France : elle

tiendra ainsi le milieu entre les pays du Nord et ceux du Midi, et elle répondra à un véritable intérêt moral révélé par les observations pratiques dans le nôtre. M. Bucher de Chauvigné avait voulu la reculer jusqu'à 14 ans: la majorité de votre commission a pensé que si la loi allait trop loin elle pourrait multiplier les accusations et les scandales sans obtenir une répression plus efficace.

Aucune observation n'a été exprimée dans le Corps législatif sur cette innovation, et l'article a été adopté dans les termes suivants :

Art. 331. Tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou l'autre sexe, âgé de moins *de treize ans*, sera puni de la réclusion.

Cette modification nous paraît l'une des plus utiles de la loi. On doit applaudir à la pensée morale qui, pour protéger l'enfance contre d'odieux attentats, vient en prolonger la durée. Il est bien de préserver l'enfant le plus longtemps possible, aussi longtemps qu'il demeure enfant, contre la séduction qui a pour but de le flétrir ou de le corrompre. Nous aurions voulu cependant que la commission fît connaître les faits qui l'ont portée à s'écarter de la limite de 12 ans, posée dans le projet du Gouvernement. Ce projet n'avait fait que suivre en cela plusieurs législations étrangères. Aux lois citées dans l'exposé des motifs, on peut joindre celles de Suède, de Saxe, de Bavière et d'Espagne. L'Allemagne et la Belgique ont adopté l'âge de 14 ans. Il faut prendre garde que plus on approche de l'âge nubile et plus il y a lieu de craindre que la volonté ne vienne contredire la présomption de contrainte morale qui est l'élément du délit. Le péril est de confondre l'attentat à la pudeur avec l'immoralité. Les poursuites en cette matière devront, d'ailleurs, être exercées avec une certaine réserve, non pas seulement à raison du scandale plus grave qu'elles causeront, mais parce qu'elles jetteront le trouble dans les familles et que la vérification des attentats sera plus incertaine et plus dangereuse.

1561. Un 2e paragraphe a été ajouté à l'art. 331 :

Art. 331, 2e §. Sera puni de la même peine l'attentat à la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur, même âgé de plus de 13 ans, mais non émancipé par mariage.

Cette disposition additionnelle n'était point dans le projet. Elle a été proposée par la commission du Corps législatif :

Une autre modification à l'art. 331 nous a semblé nécessaire. S'il est permis de supposer une volonté intelligente et libre chez un enfant âgé de plus de 13 ans, cette volonté libre n'est plus certaine si la sollicitation lui arrive d'un de ses ascendants, c'est-à-dire d'une personne qui exerce sur elle une autorité naturelle. Qu'un père soit assez dégradé pour attenter lui-même à la vertu de sa fille, il commet à la fois une immoralité révoltante et un acte digne d'une punition salutaire, tant qu'il est permis de supposer que l'abus d'autorité et l'état de dépendance sont venus en aide à ses mauvais desseins.

Cette innovation, qui n'a été l'objet d'aucune observation dans la délibération, nous paraît importante. Elle rétablit en d'autres termes une incrimination que notre ancienne législation avait consacrée, mais que notre législation moderne avait effacée de la loi pénale. Il est clair d'abord, quoique le 2e paragraphe ait omis de le répéter, que l'attentat à la pudeur qu'il prévoit est celui qu'a prévu le 1er paragraphe, l'attentat *sans violence*. On suppose que la contrainte morale, que tous les agents sont présumés exercer sur leurs victimes jusqu'à ce que celles-ci aient atteint l'âge de treize ans, se prolonge au delà de cet âge et doit résulter de la seule autorité paternelle, quand le coupable est le père lui-même ou l'un des ascendants de la victime. Nous aurions admis l'application de cette présomption, fondée sur l'autorité du père, jusqu'à l'âge de quinze ans. Mais n'est-il pas évident que, lorsque la victime a passé cet âge, l'attentat sans violence ne peut plus être qu'un fait de séduction ? Ce que la loi punit, c'est donc, non plus seulement l'abus d'autorité, car cet abus est difficilement supposable vis-à-vis d'une fille de 18 ou de 20 ans, mais la séduction personnelle des ascendants, et en d'autres termes, le crime d'inceste. Ce crime, que notre ancienne législation punissait avec sévérité (Voy. n° 1519),

figure encore dans plusieurs législations modernes, notamment dans le Code pénal de Suède (chapitre 18)[1]. Nous avons énoncé (Voy. n° 1521) les motifs qui ont porté nos législateurs, en 1791 et 1808, à éliminer des incriminations pénales le stupre, la séduction personnelle, l'inceste et quelques autres infractions dont l'impunité peut faire gémir la morale, mais dont la répression ne serait obtenue qu'à travers des périls plus grands que l'impunité. On ne voit pas, du reste, pourquoi la commission, une fois placée sur ce terrain, n'a pas étendu son incrimination aux tuteurs et curateurs, ainsi que l'avait fait la loi romaine : *Si tutor pupillam quondam suam violatâ castitate stupraverit, deportationi subjicetur*[2]. »

1562. Les faits élémentaires du délit prévu par le 1er paragraphe, sont : 1° l'attentat à la pudeur ; 2° l'âge de la victime.

Les mots d'*attentat à la pudeur* ne semblent pas, à la première vue, exprimer nettement la pensée de la loi ; car l'attentat suppose, en général, l'emploi de la force, et l'article dépouille de toute violence l'acte incriminé. Mais cette expression indique que *tout acte contraire à la pudeur*, exercé sur la personne d'un enfant, ne rentre pas dans l'incrimination ; il est nécessaire que cet acte attente à la pudeur de l'enfant, c'est-à-dire qu'il ait pour effet et pour but de le flétrir où de le corrompre[3]. Il importe peu, d'ailleurs, que ces actes soient exercés sur la personne de l'enfant lui-même, ou que cet enfant serve d'instrument à des actes obscènes ; l'action n'est pas moins immorale, ses effets ne sont pas moins désastreux.

Cette opinion avait été repoussée par un arrêt qui déclare « que l'attentat à la pudeur prévu par l'article 331 n'est imputable que quand il a lieu *sur la personne* des enfants, et non quand il est commis par un individu, à l'aide de ces

1. ** Et dans le Code pénal allemand (art. 173).
2. Cod., lib. V, tit. 10, Si quis eam cujus tutor, etc.
3. ** V. toutefois Cass., 5 nov. 1881 ; Bull. n. 232.

enfants, sur sa propre personne [1]. » Mais elle a été définitivement consacrée par deux arrêts dont le dernier décide « que les souillures imprimées par la débauche de jeunes garçons âgés de moins de onze ans constituent des attentats à la pudeur commis sur leurs personnes ; que les faire servir d'instruments à de coupables passions et les faire intervenir dans l'accomplissement des actes de lubricité signalés par l'arrêt, c'est commettre l'attentat à la pudeur prévu par l'art. 331 [2]. »

Peut-être l'article 331 aurait-il dû distinguer entre les simples actes d'impudeur et d'obscénité et la défloration de l'enfant. L'article 331 a confondu dans la même peine le cas où l'attentat n'a été que tenté, et celui où il a été consommé : lors même qu'il aurait eu pour résultat la défloration de l'enfant, le crime ne changerait pas de nature ; car, pour qu'il fût qualifié viol, ainsi que nous le verrons plus loin, il faudrait l'emploi de la violence, la défloration d'un enfant au-dessous de onze ans, sans violence, n'est qu'un attentat à la pudeur.

1563. Mais, s'il était constaté que l'enfant eût résisté, et que sa résistance n'eût été vaincue que par l'emploi de la violence, l'attentat à la pudeur changerait de caractère, et sortirait des termes de l'art. 331, qui ne punit que les attentats sans violence ; il deviendrait alors passible des dispositions de l'art. 332, relatives au viol et à l'attentat à la pudeur avec violence sur la personne d'un enfant de moins de quinze ans. L'article 331, en effet, n'est point une exception à l'article 332 : il ne fait que prévoir un cas que ce dernier n'avait pas prévu ; mais celui-ci n'a point cessé d'être applicable, dès que les circonstances élémentaires des crimes qu'il punit se trouvent réunies.

Il suit de là, ainsi que l'a reconnu un arrêt, que le crime n'existerait pas moins lors même que les mots *sans violence* ne se trouveraient pas dans la qualification du fait. Cet arrêt porte « que, lorsqu'il s'agit d'un attentat à la pudeur sur des

1. Cass., 4 août 1843, Bull. n. 193.
2. Cass., 27 sept. 1860, Bull. n. 219 ; et conf. 2 avril 1835, Bull. n. 120.

enfants au-dessous de l'âge de onze ans, la circonstance de la violence n'est point constitutive du crime et n'en pourrait être qu'une circonstance aggravante ; que le crime prévu par l'article 331 existe légalement comme moralement, encore qu'il n'y ait pas eu de violence exercée ; que dès lors le retranchement des mots *sans violence* n'a pas nui à la défense de l'accusé, et qu'il suffit, pour justifier la condamnation, qu'il ait été déclaré par le jury que l'accusé s'était rendu coupable d'attentat à la pudeur sur des enfants au-dessous de onze ans [1]. »

1564. Le deuxième élément du crime est l'âge de la victime. Nous avons vu qu'au-dessus de l'âge de treize ans la présomption légale de violence s'évanouit, et que l'exception cesse ; l'attentat sans violence, commis sur une personne qui a atteint cet âge, quelle que soit l'immoralité de cet acte, n'est passible d'aucune peine [2]. La circonstance de l'âge au-dessous de treize ans est donc essentiellement constitutive du crime.

1565. De là cette conséquence qu'il n'appartient qu'au jury de la déclarer. Ainsi, dans une espèce où le jury n'avait été interrogé que sur l'attentat à la pudeur, et avait répondu affirmativement, la Cour d'assises crut pouvoir ensuite, l'extrait de l'acte de naissance à la main, appliquer la peine. Cet arrêt a été cassé : « attendu que la circonstance de l'âge de la personne qui a été victime du crime prévu par l'article 331 du Code pénal est constitutive dudit crime ; qu'en conséquence, pour pouvoir servir de base à un arrêt de condamnation, cette circonstance doit être reconnue et déclarée par le jury ; que, le jury n'ayant point été interrogé sur la question de savoir si la victime du crime avait moins de onze ans, la Cour d'assises n'a pu suppléer à l'absence de question et réponse sur ce point, se fonder, ainsi qu'elle l'a fait, sur un acte de naissance, pour déclarer que cette personne

1. Cass., 29 nov. 1850, Bull. n. 404.

2. Cass., 23 juill. 1836, Journ. du dr. crim., 1837, p. 70 ; 28 sept. 1837, Dall.38.1.417 ; 28 sept. 1838, Journ. du dr. crim, 1839, p. 96.

avait moins de onze ans, et ajouter ainsi à la déclaration du jury, pour faire à l'accusé l'application de l'article 331 du Code pénal ; qu'en le faisant, la Cour d'assises a empiété sur les attributions du jury, qui seul avait le droit d'appliquer à la fille dont il s'agissait l'acte de naissance produit au procès, et d'en tirer la conséquence relative à son âge ; que la Cour d'assises a été sans caractère pour décider cet âge [1]. »

1566. Cette séparation des pouvoirs de la Cour d'assises et du jury est fondée sur les principes les plus élémentaires du droit. Dès que l'âge est un élément du crime même, ou un élément d'aggravation ou d'atténuation de la peine, il est impossible de le soustraire à l'appréciation des jurés, puisqu'il rentre dans les circonstances du fait, et que le fait et toutes les circonstances qui peuvent le modifier leur appartiennent exclusivement. Vainement on alléguerait l'authenticité des actes qui ne permettrait pas de soumettre les faits qu'ils constatent aux délibérations des jurés. L'acte authentique est hors de débat; il ne s'agit pas d'en discuter la teneur et la vérité ; mais cet acte, qui partout ailleurs fait pleine foi du fait qu'il énonce, perd, en matière criminelle, sa force de preuve ; il n'a plus qu'une force de présomption que la preuve testimoniale peut combattre, que le jury peut anéantir. En un mot, il ne suffit pas que le fait résulte d'un acte, il faut encore que le jury reconnaisse et proclame ce résultat [2].



La Cour de cassation n'a fait qu'une rigoureuse application de ce principe en décidant qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si un acte de naissance, produit devant elle pour la première fois, et qui attribuait à la victime de l'attentat un âge inférieur à onze ans, s'appliquait à cette enfant; cet arrêt, rendu sur un pourvoi formé contre un arrêt de mise en accusation, s'appuie sur les motifs : « que l'expédition de l'acte

1. Cass., 1er oct. 1834, Devill. et Car., 1834.1.767 ; Cass., 4 mars 1842, Bull. n. 48.

2. Nous avons déjà appliqué ce principe à l'égard des accusés de moins de seize ans. V. t. 1er, n. 333.

de naissance de la fille Martin n'avait point été produite par le demandeur devant la chambre des mises en accusation ; que par conséquent cette Cour n'avait point été mise à même d'apprécier et de juger si cet acte était applicable à cette fille ou à tout autre individu ; que, sur la production faite seulement devant la Cour de cassation, il n'appartenait point à cette Cour d'apprécier un fait de ce genre, qui ne peut l'être qu'à l'aide des voies légales d'instruction, soit dans le cours de l'information, soit dans l'instruction devant la Cour d'assises, lorsque la vérification n'en a pas été faite dans l'instruction écrite [1]. »

1267. Le crime est donc constitué par la réunion de ces deux circonstances : un attentat à la pudeur tenté ou consommé sans violence, l'âge de la victime de cet attentat inférieur à « treize » ans. L'âge n'est qu'un fait matériel qu'il appartient au jury de déclarer ; mais l'attentat est un fait matériel et moral à la fois : matériel, car il ne peut exister sans un acte extérieur ; moral, car, s'il n'était pas commis dans une pensée d'obscénité et avec une intention coupable, le crime n'existerait pas.

1568. L'attentat modifie ses éléments lorsqu'il est commis par un ascendant : tel est l'objet du deuxième paragraphe ajouté, par la loi du 13 mai 1863, à l'art. 331.

Ce paragraphe, en premier lieu, se réfère évidemment au premier, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (nº 1571), en ce qui concerne le caractère des faits incriminés : c'est l'attentat à la pudeur sans violence, c'est-à-dire l'attentat commis à l'aide de la contrainte morale, en d'autres termes, par la séduction. L'ascendant abuse de son autorité pour flétrir et pour corrompre le mineur, et l'on peut dire, avec Antoine Mathæus, que dans ce cas, la persuasion n'est pas moins coupable que la violence, *quod violentia corpus duntaxat, persuasio et animum corrumpat* [2].

1. Cass., 1er mars 1838, Devill. et Car., 1838.1.941; Dall.1.431; et V. aussi, sur cette même question, notre n. 333.

2. De criminibus, comm. ad tit. 3, lib. 48, Dig., p. 278.

Mais deux éléments se joignent ici à l'attentat sans violence : la qualité d'ascendant de l'agent et l'état de minorité de la victime. La loi n'a point énuméré les ascendants : elle les a enfermés dans cette expression « tout ascendant »[1]. Elle a eu en vue l'influence autoritaire dont tous les ascendants sont naturellement investis. Elle n'a, d'une autre part, apporté d'autre limite à l'exercice de cette influence corruptrice que l'âge de 21 ans de la victime ou son émancipation par le mariage. Jusqu'à cette époque, tout acte immoral d'un ascendant sur ses enfants ou petits-enfants, quelles que soient les mœurs et l'intelligence de ceux-ci, lors même qu'ils s'y seraient volontairement et sciemment prêtés, est réputé crime.

1569. Une seule question s'est élevée sur ce nouveau texte : il s'agissait de savoir si, dans une question posée au jury, le président avait pu, au lieu d'énoncer que la victime mineure n'était pas émancipée, dire qu'elle était « âgée de moins de 15 ans et par conséquent non émancipée par mariage ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « attendu que la question unique posée au jury comprenait les trois éléments du crime d'attentat à la pudeur prévu et puni par l'art. 331, § 2. à savoir, la qualité d'ascendant dans l'auteur du crime, l'état de minorité de la victime et sa non-émancipation par mariage ; que cette question ne présentait, dans sa rédaction, ni ambiguité, ni incertitude ; que ces expressions : *âgée de moins de 15 ans et par conséquent non émancipée par mariage*, n'étaient pas de nature à induire le jury en erreur et à lui faire penser qu'il n'avait pas à se préoccuper du fait de non-émancipation ; et que sa réponse affirmative a constaté l'exis-

1. ** Jugé que la 2e disposition de l'art. 331, applicable à tous les ascendants d'un mineur, c'est-à-dire au père, à la mère, aux aïeuls et aïeules, ne saurait être étendue aux ascendants par alliance : spécialement que l'attentat à la pudeur commis par un individu sur une fille mineure que sa femme a eue d'un précédent mariage ne constitue pas une infraction punissable (Cass., 17 mars 1881 ; Bull. n. 77). — V. toutefois en sens contraire : Poitiers, 5 février 1881 ; S.82.2.14.

tence des éléments qui constituent le crime défini par le deuxième paragraphe de l'art. 331[1]. »

1. Cass., 4 janv. 1866, Bull. n. 3. — ** Ajoutons, en ce qui concerne la position des questions que, lorsque les attentats à la pudeur imputés à l'accusé ont été commis sur plusieurs victimes, il faut poser autant de questions au jury qu'il y a de victimes; mais qu'il en est autrement, et qu'une seule question suffit, lorsqu'il s'agit de faits réitérés d'attentats à la pudeur commis pendant un certain laps de temps à l'égard d'une même personne (Cass., 20 juill. 1882; Bull. n. 180).

CHAPITRE LVII.

DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR AVEC VIOLENCE, ET DU VIOL.

(*Commentaire des art.* 332 *et* 333 *du Code pénal.*)

1370. Séparation de l'attentat à la pudeur et du viol.

§ Ier. — *De l'attentat à la pudeur avec violence.*

1371. Caractère de ce crime. Il n'est pas nécessaire que l'attentat ait pour but une jouissance sexuelle.
1372. Application de cette règle dans la jurisprudence.
1373. La violence est un élément essentiel du crime.
1374. La tentative de l'attentat ne doit pas réunir les caractères exigés par l'art. 2.
1375. Application de cette règle aux attentats commis entre les personnes du même sexe.
1376. Un mari peut-il être poursuivi pour attentats à la pudeur commis sur la personne de sa femme ?

§ II. — *Du viol.*

1377. Incrimination du viol dans la législation romaine et dans notre ancienne législation.
1378. Son incrimination dans notre législation moderne.
1379. Double élément du crime.
1380. Caractères de la violence constitutive du crime.
1381. Il peut y avoir violence même vis-à-vis d'une prostituée.
1382. A plus forte raison vis-à-vis d'une femme trouvée dans un lieu de prostitution ou d'une ancienne maîtresse de l'accusé.
1383. Il ne faut cependant pas confondre le défaut de consentement avec la violence ; mais la surprise pendant le sommeil est une violence.
1384. Jurisprudence confirmative de cette doctrine sur ce dernier point.
1385. Du viol commis sur une fille idiote.
1386 De la tentative de viol. Ses caractères.
1387. Dans une accusation de viol, l'attentat à la pudeur avec violence peut être posé comme question subsidiaire.

§ III. — *Circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol.*

1588. Circonstance aggravante résultant de l'âge de la victime.
1589. Circonstance aggravante résultant de la qualité du coupable.
1590. La qualité d'ascendant de la victime est une cause d'aggravation.
1591. Cette aggravation s'applique à tous ceux qui ont autorité sur la victime.
1592. Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'autorité de droit et l'autorité de fait.
1593. L'autorité de fait consacrée par la jurisprudence.
1594. Quand il s'agit de l'autorité de droit, il appartient au jury d'en déclarer les éléments, et à la Cour d'assises d'en déclarer l'existence légale.
1595. Jurisprudence relative à cette séparation des deux attributions.
1596. La qualité d'instituteur de la victime est une cause d'aggravation.
1597. La qualité de serviteur à gages de la victime ou des personnes qui ont autorité sur elle a le même effet.
1598. Le domestique qui commet l'attentat sur une domestique de la même maison est-il passible de l'aggravation?
1599. La qualité de fonctionnaire public et de ministre des cultes est une cause d'aggravation : dans quel cas ?
1600. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu abus de la fonction ou du ministère ecclésiastique.
1601. Distinction des coauteurs et des complices.
1602. Pénalités applicables dans les différents cas.

1570. Le Code pénal avait placé sur le même plan, et puni de la même peine, l'attentat à la pudeur avec violence et le viol. L'une des modifications introduites par la loi du 28 avril 1832 a été de séparer ces deux crimes, et de leur attacher une pénalité différente. S'ils ont en effet quelques caractères communs, ils diffèrent essentiellement soit par la criminalité qu'ils supposent, soit par leurs résultats.

Nous allons rechercher, en premier lieu, les caractères particuliers, d'abord *de l'attentat à la pudeur avec violence*, ensuite *du viol* ; nous examinerons, en second lieu, les circonstances qui sont communes à ces deux crimes.

§ Ier. — *De l'attentat à la pudeur avec violence.*

1571. Le premier de ces crimes est prévu par le troisième paragraphe de l'art. 332, qui est ainsi conçu : « Quiconque aura commis un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre les individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion [1]. »

Cette disposition n'avait point d'antécédents dans la législation. La loi romaine, l'ancienne jurisprudence, et même le Code de 1791 ne punissaient que le viol et les attentats qui, tels que le rapt de violence, avaient pour but d'y conduire. La législation ne semblait pas avoir pensé que l'attentat à la pudeur pût avoir un autre but que de procurer à l'agent les jouissances sexuelles. Le Code pénal a été plus prévoyant : « La loi de 1791, porte l'exposé des motifs, n'a parlé que du viol ; elle s'est tue sur d'autres crimes qui n'offensent pas moins les mœurs : il convenait de remplir cette lacune. » On a craint que l'agent n'échappât au châtiment, lorsque les circonstances de l'attentat ne prouveraient pas l'intention de consommer le viol.

L'attentat à la pudeur suppose deux conditions essentielles, l'attentat et la violence. L'attentat est nécessairement tout acte extérieur exercé sur une personne avec l'intention d'offenser sa pudeur, et de nature à produire une telle offense. La loi ne demande point, pour l'existence du crime, que cet acte ait été commis dans le but de satisfaire une passion sensuelle ; il suffit qu'il ait pour effet d'outrager la pudeur. Il diffère donc du viol en ce que le viol a essentiellement pour objet de procurer à son auteur les jouissances sexuelles, tandis que l'attentat peut avoir uniquement pour but l'injure, l'outrage ou la vengeance ; il en diffère encore en ce que le

1. * * L'art. 176 du Code pénal allemand punit de la réclusion pendant dix ans au plus : « quiconque, à l'aide de violence, aura commis un attentat aux mœurs sur une personne du sexe féminin, ou quiconque, par menace d'un danger actuel pour sa personne ou sa vie, l'aura contrainte à souffrir ces attentats. »

viol consiste dans un acte unique et déterminé, tandis que l'attentat peut se composer d'une foule d'actes différents qui n'ont pas le même but.

1572. La jurisprudence offre plusieurs exemples de ce caractère. Dans une première espèce, plusieurs femmes avaient exercé sur la personne d'une autre femme des actes de violence; le ministère public déféra ces actes à la justice en les qualifiant d'attentat à la pudeur avec violence; le tribunal correctionnel, devant lequel ils furent toutefois portés, décida que ces faits ne pouvaient constituer un attentat à la pudeur, parce qu'ils n'étaient pas accompagnés de circonstances qui annonçassent la lubricité ou l'impudicité. Mais la Cour de cassation a réformé cette décision en déclarant : « que le Code pénal distingue le viol de l'attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence; que ce dernier attentat résulte du fait même, quelle que puisse être, d'ailleurs, l'intention de celui qui le consomme [1]. »

Dans une seconde espèce, un ouvrier avait été l'objet de grossières plaisanteries de la part de ses compagnons. Plusieurs d'entre eux le saisirent tout à coup, le dépouillèrent de ses vêtements, et procédèrent à l'examen de ses parties sexuelles. Ces faits furent dénoncés, et la chambre d'accusation de la Cour de Caen pensa qu'ils n'avaient point le caractère d'un attentat à la pudeur, attendu que cet attentat, suivant l'arrêt, supposait toujours chez le coupable l'intention de se procurer des jouissances sexuelles. Mais l'affaire ayant été renvoyée alors en police correctionnelle comme présentant le délit de coups ou blessures, la chambre correctionnelle de la même Cour, statuant sur appel, décida que les mêmes faits constituaient un véritable attentat à la pudeur : « attendu que le Code pénal ne fait aucune distinction entre les attentats inspirés par le désir de se procurer des jouissances sexuelles, et ceux commis pour tous autres motifs, tels que haine, vengeance ou curiosité. » La Cour de cassation, statuant en règlement de juges, adopta cette dernière opinion : « attendu que l'art. 331 (devenu l'art. 332) distingue

1. Cass., 14 janv. 1826, Bull. n. 7.

le viol de l'attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence ; que ce dernier attentat résulte du fait même, quelle que puisse être, d'ailleurs, l'intention de celui qui le commet [1]. »

Dans une troisième espèce, l'accusé, condamné pour attentat à la pudeur, se faisait un grief de ce que les faits de l'accusation, n'étant pas relatés dans la question posée au jury, auraient pu être des actes de brutalité plutôt que de lubricité, et constituer des coups et blessures, au lieu d'un attentat à la pudeur. Ce moyen a été rejeté, « attendu que l'attentat à la pudeur avec violence était le fait sur lequel le jury a été et a dû être interrogé ; que la question a été posée conformément à l'article 337 du Code d'instruction criminelle, et qu'elle rentrait substantiellement dans les termes des articles 332 et 333 Code pénal ; que le jury devait d'autant moins être interrogé sur la question de savoir si les accusés avaient agi par brutalité ou par impudicité, que le crime restait le même dans les deux hypothèses ; que le Code pénal, en effet, distingue le viol de l'attentat à la pudeur ; que ce dernier crime résulte du fait même considéré relativement à la victime ; qu'il existe, quels que puissent être d'ailleurs l'intention ou le mobile de celui qui le commet, et qu'aucune distinction ne peut être admise à cet égard pour modifier la criminalité de l'acte [2]. »

1573. La deuxième condition du crime est la violence : cette violence n'est pas seulement une circonstance aggravante, elle est constitutive du crime ; elle le forme même seule tout entier. En effet, l'attentat à la pudeur, lorsqu'il est commis sans violence, n'est passible d'aucune peine, si ce n'est dans deux cas, lorsqu'il a été commis publiquement, ou qu'il a été exercé sur un enfant de moins de « treize » ans : mais, dans le premier cas, la loi punit l'outrage ; dans le deuxième, elle présume la violence morale. L'attentat à la pudeur, dès qu'il est consenti par la personne sur laquelle il est commis,

1. Cass., 6 février 1829, Bull. n. 31. — * * V. aussi Cass., 24 juillet 1874 ; Bull. n. 215.

2. Cass., 23 déc. 1859, Bull. n. 286.

est dépouillé de toute criminalité légale. C'est donc l'emploi de la force qui caractérise le crime, parce qu'elle souille la personne en violentant sa liberté. Il faut donc que le jury déclare en termes formels, non-seulement qu'un attentat à la pudeur a été commis, mais encore que cet attentat a été tenté ou consommé avec l'emploi de la force [1]. Il a été souvent reconnu, en conséquence, par la jurisprudence, « que l'attentat à la pudeur, lorsqu'il n'a pas été accompagné de violence [2], ou lorsque, ayant été commis sans violence, il n'a pas eu lieu sur un enfant de moins de « treize » ans, ne constitue ni crime ni délit prévu par le Code pénal [3]. »

Il a été reconnu en même temps que cette circonstance de la violence étant constitutive du crime doit être comprise dans la question principale posée au jury et ne peut être considérée comme aggravante [4]; l'âge de la victime, au contraire, circonstance constitutive dans le cas de l'article 331, devient une circonstance aggravante dans l'hypothèse de l'article 332 [5].

1574. Ici se présente une question grave. La loi punit l'attentat, soit qu'il ait été *consommé*, soit qu'il ait été seulement *tenté*; elle confond ainsi dans sa disposition la tentative et l'exécution. Mais quels sont les caractères de cette tentative ? Doit-elle, pour être punissable, réunir les caractères énumérés dans l'article 2 du Code pénal ? La Cour de cassation a jugé, par un grand nombre d'arrêts, « que la tentative vio-

1. Cass., 2 fév. 1813, Bull. n. 7; 20 janv. 1820, Bull. n. 29.

2. * * Toutefois, la violence n'ayant pas été définie par la loi, la Cour de cassation a jugé que des manœuvres frauduleuses employées par un médecin à l'égard des malades qui venaient le consulter, afin de les amener, par surprise et sans leur consentement, à subir des attouchements et des caresses obscènes, sont de nature à constituer l'attentat à la pudeur avec violence (Cass., 19 juin 1884; Bull. n. 196). — V. aussi Cass., 23 juillet 1885; Bull. n. 222.

3. Cass., 31 août 1843, Bull. n. 227; 6 fév. 1845, Bull. n. 34; 28 août et 11 déc. 1856, Bull. n. 301 et 391; 11 nov. 1858, Bull. n. 291.

4. Cass., 23 mars 1865, Bull. n. 70; 8 sept. 1864, Bull. n. 229.

5. Cass., 10 nov. 1864, Bull. n. 250.

lente d'un attentat à la pudeur qui n'a pas le viol pour objet, renferme par elle-même et nécessairement les circonstances énoncées par l'article 2 du Code pénal ; que c'est pour cette raison que le Code pénal l'a spécialement et immédiatement jointe à l'attentat consommé, et qu'ainsi il a voulu que l'attentat à la pudeur devînt un crime, par cela seul qu'il y aurait eu violence dans l'acte par lequel l'auteur aurait cherché à exécuter son attentat [1]. » M. Carnot a combattu cette doctrine : « Toute la question, dit cet auteur, se réduit à savoir si des termes de l'article 332 il résulte une dérogation spéciale aux dispositions générales de l'article 2. Or cet article porte bien que la tentative des crimes qu'il prévoit sera punie ; mais il n'ajoute pas qu'il y aura tentative punissable lors même qu'elle n'aura pas été accompagnée des circonstances voulues par l'article 2, siége de la matière [2]. » Nous n'hésitons point à adopter l'opinion de la Cour de cassation, contre laquelle aucun motif sérieux n'a été opposé. L'article 2 du Code pénal pose, comme une règle générale, les circonstances caractéristiques de la tentative ; mais cette règle admet plusieurs exceptions : ainsi nous avons vu qu'elle ne s'appliquait pas aux crimes de complot, de corruption, d'avortement, de subornation de témoins [3]. Le troisième paragraphe de l'article 332 a-t-il voulu formuler l'une de ces exceptions ? Nous sommes déjà porté à le croire, par cela seul que cet article a prévu d'une manière spéciale la tentative de l'attentat ; car, s'il avait voulu soumettre cette tentative aux règles générales de l'art. 2, pourquoi l'eût-il distinguée par une énonciation spéciale ? Ne se serait-il pas référé comme pour les autres crimes, et comme il l'a fait, par exemple, à l'égard du crime de viol, à la disposition commune de cet article ? Il faut examiner, d'ailleurs, les caractères particuliers de cette tentative : l'attentat violent à la pudeur n'est pas un acte complexe formé de plusieurs faits qui se lient ensemble, et que l'agent peut

1. Cass., 10 mars 1820, Bull. n. 48 ; 20 sept. 1822, Bull. n. 131 ; 10 juin 1830, Devill. et Car., 1830. 1. 373 ; 12 sept. 1831, Bull. n. 226.

2. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 103.

3. V. notre t. 1er, n. 263.

volontairement interrompre au milieu de leur exécution. Il suffit d'un seul fait, d'un seul geste pour le constituer ; il est donc impossible de distinguer entre les différentes phases de son exécution ; le commencement de cette exécution est lui-même un attentat à la pudeur accompli. Supposez, par exemple, qu'un individu se jette sur une femme, et la dépouille violemment de ses vêtements. L'attentat est assurément consommé, lors même que cette femme aurait réussi à se défendre et à en empêcher l'effet. Mais admettons que, saisi lui-même de repentir au milieu de son attentat, il ne l'exécute pas tout entier, et qu'il replace les voiles qu'il n'a qu'à demi soulevés. Cet acte n'est, sans doute, qu'un commencement d'exécution de l'attentat qui avait été prémédité ; mais ne constitue-t-il pas lui-même, et indépendamment de ses suites, un attentat complet ? Cette tentative, même suivie de désistement, n'a-t-elle pas les mêmes caractères, ne produit-elle pas les mêmes effets ? L'outrage est moins grave sans doute, mais n'en est-il pas moins un outrage ? Et puis, comment déterminer le point où la tentative expire, où l'attentat est consommé ? L'agent ne pourrait-il pas toujours soutenir que l'acte qu'il a commis n'était que le commencement d'exécution d'un attentat plus grave qu'il avait prémédité, et dont il s'est volontairement désisté ? Lorsqu'il s'agit d'un crime qui n'a d'autre caractère déterminé que l'outrage violent dont il flétrit sa victime, et qui peut revêtir les formes les plus diverses, intervenir dans les circonstances les plus variées, il est difficile d'apprécier si ce crime s'est entièrement consommé dans l'acte incriminé, ou si cet acte devait, dans la pensée de l'agent, être suivi d'actes plus graves. Il suffit donc pour l'existence du crime, qu'un seul acte ait été commis, plus ou moins audacieux, plus ou moins coupable, mais portant en lui-même la violence et l'outrage ; il n'importe que cet acte n'ait été, dans l'intention de son auteur, que le commencement d'exécution d'un attentat plus grave ; la loi le saisit et l'incrimine comme constituant un crime distinct et complet en lui-même ; c'est la nature même des

choses qui a dicté cette exception à la règle générale de l'art. 2[1].

1575. Cette doctrine reçoit son application à tous les attentats à la pudeur, et par conséquent aux attentats commis entre les personnes du même sexe : la loi n'a fait aucune distinction ; cependant il ne faut pas perdre de vue, à l'égard de cette classe d'attentats, que les rapports entre les personnes du même sexe étant plus faciles, les familiarités plus habituelles, il est nécessaire d'examiner avec le plus grand soin le caractère de l'acte incriminé. Tous les actes, même impudiques, commis d'homme à homme ou de femme à femme ne sont pas des attentats : il faut, pour leur imprimer ce caractère, que celui qui les a commis ait eu l'intention de blesser la pudeur de la personne qui en a été l'objet, ou le désir d'assouvir une honteuse passion. L'appréciation du véritable caractère des faits est donc plus difficile, parce qu'il faut distinguer ce qui appartient à la facilité et à la liberté des mœurs, et ce qui décèle un dessein criminel. Mais si l'office des juges exige une plus haute sagacité, le principe est le même ; et peut-être, d'ailleurs, serait-il plus difficile encore, dans cette matière délicate, de déterminer les circonstances caractéristiques d'une tentative légale.

1576. C'est ici le lieu d'examiner une question déjà agitée par les anciens auteurs : la caractère de l'attentat d'un mari sur sa femme. Cette question a été nettement posée dans une espèce dans laquelle une femme alléguait des faits d'attentat à la pudeur commis avec violence sur sa personne. La chambre d'accusation ayant renvoyé le mari en état d'accusation devant la Cour d'assises, il s'est pourvu contre cet arrêt ; il a soutenu qu'un attentat à la pudeur ne pouvait exister entre un mari et une femme ; que le mariage était l'extrême limite du droit de possession, et que les mystères du lit conjugal ne devaient point supporter l'examen de la justice. La Cour de

1. * * La Cour suprême en a tiré cette conséquence qu'on peut, sans vice de complexité, comprendre dans une seule et même question le fait consommé et la tentative, celle-ci étant assimilée au crime lui-même par l'art. 332 du Code pénal (Cass., 7 mai 1875 ; Bull. n. 145).

cassation a rejeté le pourvoi : « attendu que la disposition de l'article 332, paragraphe 3, du Code pénal, est générale et absolue, qu'elle n'admet aucune exception ; que si le mariage a pour but l'union de l'homme et de la femme, et si les devoirs qu'il impose, la cohabitation, l'obéissance de la femme envers le mari, établissent entre les époux des rapports intimes et nécessaires, il ne s'ensuit pas cependant que dans cette condition la personne de la femme cesse d'être protégée par les lois, ni qu'elle puisse être forcée de subir des actes contraires à la fin légitime du mariage ; que dès lors, si le mari a recours à la violence pour les commettre, il se rend coupable du crime prévu par l'article précité du Code pénal [1]. » Un autre arrêt est intervenu depuis dans une espèce identique [2].

Il faut remarquer d'abord qu'il s'agit d'un acte contraire à la fin légitime du mariage ; car, ainsi que nous l'avons rappelé précédemment, l'acte conforme à la fin du mariage ne peut être incriminé, lors même que le mari aurait employé la violence pour le consommer, sauf les blessures que ces violences auraient occasionnées ; il ne peut, en effet, y avoir d'attentat à la pudeur, puisque le mariage a eu pour effet de lever les barrières de cette pudeur et de donner au mari la libre disposition de sa femme. La question ne peut donc s'élever que dans le cas où, comme dans l'espèce, la violence a été employée pour accomplir un attentat contraire à la fin du mariage. Cette question trouvait une solution dans la jurisprudence et dans les auteurs anciens.

La loi romaine s'était contentée de porter la peine de mort contre tous les crimes contre nature en général : *Qui masculum liberum*, dit Paul, *invitum stupraverit, capite punitur* [3]. Nous avons vu précédemment que les empereurs Constantin et Constance les proscivirent énergiquement [4]. Gomez rapporte un exemple de l'application de ce principe à un mari,

1. Cass. 21 nov. 1839, Devill. et Car., 39, p. 817.
2. Cass.. 18 mai 1854, Bull. n. 161.
3. Pauli Sententiæ, lib. 2, tit. 26, § 12.
4. L. 31, au Cod. ad leg. Jul. de adulteriis. V. *suprà*, p. 225.

qui propriam uxorem contra naturam carnaliter cognoverat[1]. Il fut condamné à la peine du feu. Julius Clarus, après avoir cité Gomez, établit que cette décision est conforme à l'opinion commune[2]. Menochius adopte cet avis, et ajoute : *Rectè quidem, quia si grave est delictum sic constuprare mulierem, multo gravius est propriam uxorem*[3]. Farinacius pose cette opinion comme un principe : *Pœna mortis locum habet in eo qui præpostera venere cognovit uxorem suam*; *nam gravius est delictum cum uxore quàm cum alia fœmina*[4]. Enfin Jousse reproduit cette jurisprudence en ces termes : « La peine du crime de sodomie a lieu non-seulement contre ceux *qui rem habent cum masculo*, mais encore à l'égard de ceux *qui accedunt ad mulierem præpostera venere* ; et cette peine a pareillement lieu à l'égard de ceux qui en usent ainsi à l'égard de leurs propres femmes[5]. »

Ces autorités fortifient l'interprétation de la Cour de cassation en prouvant que l'ancienne jurisprudence n'avait pas hésité à admettre l'existence du crime, même entre époux. Et en effet, l'épouse est-elle livrée à son mari de manière que la loi ne la doive plus protéger contre les excès de sa puissance ? Ne réprime-t-elle pas les voies de fait et les violences dont il se rend coupable envers elle ? Pourquoi donc une seule espèce de violence, et la plus odieuse, resterait-elle impunie ? Il faut distinguer sans doute la pudeur de la jeune fille et la pudeur de l'épouse ; mais celle-ci n'a-t-elle pas aussi ses limites et sa réserve ? Si elle a accordé au mari la disposition de sa personne, son droit n'est-il pas restreint par le but même du mariage ? S'il excède son pouvoir et s'il éprouve de la résistance, peut-il encore invoquer ce droit ? Il commet alors un abus de sa puissance, un abus de sa force ; il commet un crime, et l'on chercherait vainement une excuse qui pût en atténuer la gravité. C'est toutefois avec cir-

1. In comment. ad leg. 80, n. 33.
2. § Sodomia, n. 2. Pratic. crim.
3. Casu n. 32, 34 et 35.
4. Quæst. 148, n. 37.
5. Just. crim., t. 4, p. 120.

conspection que des poursuites de cette nature doivent être intentées, et, pour qu'elles pussent l'être d'office, il faudrait la réunion des circonstances les plus graves. Les secrets du lit nuptial doivent être respectés, et les investigations de la justice n'y doivent point légèrement pénétrer.

§ II. — *Du viol.*

1577. Nous allons maintenant examiner les caractères particuliers du crime de *viol.*

Ce crime, dans la loi romaine, se trouvait confondu dans le crime de rapt : *Qui vacantem mulierem rapuit vel nuptam, ultimo supplicio punitur* [1] ; mais le rapt supposait et comprenait le viol : *raptum à corrumpendo dictum* ; d'où la maxime : *Qui raptu potitur, stupro fruitur* [2]. C'est aussi ce qui résulte de la constitution de Justinien, *de raptu virginum* ; on y voit, en effet, que le crime des ravisseurs est surtout dans le viol de la personne ravie, *maximè cùm virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* [3]. Les anciens auteurs, appuyés sur ces textes, définissaient, en conséquence, le rapt, l'enlèvement d'une femme ou d'une fille pour en jouir contre sa volonté : *Raptum mulieris esse violentiam sive abductionem mulieris honestæ et invitæ de loco ad locum, animo eam carnaliter cognoscendi* [4]. Toutes les lois que nous venons de citer portent la peine de mort. Le stupre commis avec violence, *stuprum violentum*, mais sans être précédé d'enlèvement, n'était prévu que d'une manière implicite [5] ; aussi était-ce une question très controversée que de savoir si ce crime était, comme le rapt, passible de la peine capitale.

1. L. 5, § 2, Dig. ad leg. Jul. de vi publicâ. — Les Institutes, lib. 4, tit. 18, de publicis judiciis, portent également : Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius, fuerit perpetratus, tunc et raptores et ci qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur.

2. Farin.. quæst. 145, n. 2.

3. L. un., Cod. de raptu virginum.

4. Decianus, lib. 8, cap. 7, num. 4. Julius Clarus, § Raptum. Farinacius, quæst. 145, num. 3 et seq.

5. Instit., l. 4, de publicis judiciis, num. 8 ; l. 1, Dig. de extr. crim.

Farinacius la résout par l'affirmative : *Ità etiam mortis pœna infligatur in stupro, alio modo absque raptu per vim commisso* [1].

Notre ancien droit avait recueilli du droit romain le crime de *rapt de violence.* Muyart de Vouglans le définit en ces termes : « C'est le crime de ceux qui enlèvent par force et malgré elles des filles, femmes et veuves, soit majeures, soit mineures, dans la vue d'en abuser [2]. » Mais, à côté de ce crime, la jurisprudence plaça le viol, mot qui a pris son origine dans la violence qui l'accompagne. Serpillon considère le rapt de violence et le viol comme des expressions synonymes, comme deux crimes identiques [3]. Cependant, ainsi que le fait remarquer Muyart de Vouglans, d'après la loi romaine : « Le viol diffère du rapt en ce qu'il n'est pas nécessaire, pour le commettre, qu'il y ait eu enlèvement d'un lieu à un autre. C'est aussi pour cela, ajoute cet auteur, que ce crime est mis, dans le droit, au nombre de ceux qu'on appelle *force privée*, au lieu que le premier est placé dans la classe des crimes de force publique [4]. » Aucune ordonnance ne punissait spécialement le crime de viol, à l'exception de l'article 33 de l'ordonnance de Henri II, du 22 mars 1557, relative à la discipline militaire, et portant : « Celui qui forcera femme ou fille sera pendu et étranglé. » L'article 3 de la déclaration du 22 novembre 1730 prononçait également le dernier supplice contre les coupables d'un *commerce illicite* accompagné de *circonstances atroces*, et la violence pouvait se ranger parmi ces circonstances. Mais on appliquait généralement au viol les ordonnances et les peines qui avaient été édictées pour le rapt de violence, et ces peines étaient celles de mort et la confiscation des biens [5].

1. Quæst. 107, num. 26.
2. Lois crim., p. 328.
3. Cod. crim., p. 110.
4. Lois crim., p. 241.
5. Capitul. Childebert, an 595, c. 4 : Si ipsa mulier posteà raptori consenserit, ambo pariter in exilio transmittantur. et si foras ecclesiam capti fuerint, ambo pariter occidentur, ut facultates illorum parentibus legitimis

1578. Le Code de 1791 avait suivi les errements de cette législation ; il punissait également le viol et le rapt de violence : le viol était puni de six ans de fers, et cette peine était portée au double quand la victime avait moins de 14 ans ; le rapt était le fait d'*avoir, par violence et à l'effet d'en abuser ou de la prostituer, enlevé une petite fille au-dessous de 14 ans accomplis* (art. 29, 30 et 31, sect. 1, tit. 2).

Notre Code a restitué à ces deux crimes leurs véritables caractères : le rapt n'est que l'enlèvement d'un mineur, abstraction faite de toute violence ultérieure ; s'il est suivi de viol, ce viol est un crime distinct, qui ne se confond plus avec le premier. Ainsi le viol, qu'il soit ou non précédé d'enlèvement, demeure empreint de la même gravité, puisant sa criminalité dans l'acte même qui le constitue, et non dans les circonstances qui l'ont précédé ou suivi.

L'art. 332 se borne à établir la peine de ce crime sans le définir : « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps[1]. »

1579. Mais ce crime porte avec lui sa propre définition. On entend par viol, suivant Jousse, toute conjonction illicite commise par force et contre la volonté d'une personne[2]. Les deux éléments du crime sont donc le commerce illicite et la violence.

La copulation est une circonstance essentielle du crime ; ce n'est que par ce seul fait qu'il est consommé. Si elle n'est

dentur, et quod fisco nostro debetur acquiratur.— Cap. Car. Mag., lib. 6, cap. 95 ; — Ord. de 1629, art. 160; ord. de 1670, tit. 16, art. 4; ord. de Blois, art. 271.

1. * * L'art. 177 du Code pénal allemand punit de la réclusion, et, en cas de circonstances atténuantes, de l'emprisonnement, pendant une année au moins, « quiconque aura violé une personne du sexe féminin, ou aura abusé d'elle *soit en la menaçant d'un danger actuel pour sa personne ou sa vie, soit après l'avoir, dans ce but, privée de sa connaissance ou de sa volonté.* » La poursuite n'a lieu que sur une plainte.— L'art. 176 avait déjà prononcé la réclusion pendant dix ans au plus contre « quiconque aura abusé d'une personne du sexe féminin *privée de volonté ou de connaissance, ou aliénée.* »

2. T. 3, p. 743.

pas constatée, le titre de la poursuite ne peut plus être qu'une tentative de viol, et, si cette tentative ne réunit pas les caractères déterminés par la loi, un attentat à la pudeur.

Il faut que cette copulation soit illicite : ainsi un mari qui se servirait de la force à l'égard de sa femme ne commettrait point le crime de viol, parce que, suivant la Glose, *in eam habet manûs injectionem* [1]; et la même décision devait être prise même au cas de séparation de corps, car la séparation relâche les liens du mariage sans les dissoudre ; elle autorise la femme à ne plus demeurer au domicile du mari, mais elle ne brise pas les devoirs qui résultent du mariage [2]. Cette solution toutefois ne pourrait s'appliquer au mari que *post perfectum matrimonium* ; ainsi le fiancé qui, même la veille du mariage, emploierait la violence sur sa fiancée, serait sans nul doute punissable [3].

Mais l'élément caractéristique du crime est la violence : c'est la violence qui constitue sa criminalité tout entière ; elle n'est pas seulement une circonstance aggravante, elle en est la base essentielle ; elle ne forme donc point une question à part ; elle est comprise dans le viol, qui la suppose nécessairement.

1580. Cette violence doit être exercée sur la personne même : *Oportet quod violentia sit facta personæ, qui crimen violentiæ dicitur crimen personale* [4]. Ainsi celui qui escalade ou brise les portes d'une maison ou d'une chambre pour pénétrer près d'une femme, et auquel cette femme s'abandonne ensuite volontairement, ne s'est point rendu coupable de la violence constitutive du viol : *Si quis frangeret ostium domûs vel thalami, et violenter ingrederetur et non violenter cognosceret, non diceretur commisisse in coitu violentiam, sed violenter tantùm ingressum fuisse* [5].

1. Glossa, in l. 53 C. de episcopis et clericis.

2. Farinacius, quæst. 143, num. 85.

3. Farinacius, quæst. 145, num. 92 ; Julius Clarus, in suppl. Baïardi, § Raptus, num. 5.

4. Baïardus, suppl. ad Jul. Clar., § Stuprum, num. 37.

5. *Ibid.*, n. 36.

La difficulté de constater la violence, dans un acte secret où la résistance a ses degrés et la volonté ses caprices, avait porté les anciens jurisconsultes à établir certaines présomptions d'où ils déduisaient son existence. Ainsi, pour qu'une accusation de viol pût être accueillie, il fallait : 1° qu'une résistance constante et toujours égale eût été opposée par la personne prétendue violée ; car il suffit que cette résistance ait fléchi quelques instants pour faire présumer le consentement ; 2° qu'une inégalité évidente existât entre ses forces et celles de l'assaillant ; car on ne peut supposer la violence lorsqu'elle avait les moyens de résister et qu'elle ne les a pas employés ; 3° qu'elle eût poussé des cris et appelé des secours : *Vim in raptu tùm fieri intelligitur*, dit Damhouderius, *quando mulier magnâ clamore imploravit alicujus opem et auxilium* [1] ; 4° enfin, que quelques traces empreintes sur la personne témoignassent de la force brutale à laquelle elle avait dû céder [2].

Notre législation moderne a cessé de définir les preuves, et de lier les juges par des présomptions légales. Mais ces règles pleines de sagesse peuvent encore servir de guide aux magistrats dans les informations criminelles ; ce sont d'utiles précautions recueillies par l'expérience pour conduire à la découverte de la vérité.

1581. Il faut donc que la violence soit entière et complète, qu'aucune hésitation de la victime ne soit venue à son aide, qu'elle n'ait cédé qu'à la force. Quelques questions s'élèvent à ce sujet. Cette violence existe-t-elle, est-elle constitutive du crime, si la personne sur laquelle elle s'est exercée vit habituellement dans la débauche et la prostitution ? Justinien n'appliquait ses lois sur le rapt suivi de viol qu'à ceux qui ravissaient des femmes honnêtes, *raptores virginum honestarum* [3], et les anciens jurisconsultes se sont fondés sur ce texte pour décider que la violence employée à l'égard d'une fille publique ne constitue ni le rapt de violence ni le

1. Praxis rerum criminalium, cap. 97, num. 9.
2. Boerius, decis. 247.
3. L. 1, C. de raptu virginum.

viol ; mais, s'ils écartaient ainsi de cette action la peine capitale, ils la punissaient du moins d'une peine extraordinaire[1]. Nous pensons que la débauche même habituelle de la femme n'est point un obstacle à l'existence du crime ; car sa vie licencieuse ne saurait légitimer aucun attentat sur sa personne ; elle n'a point aliéné la liberté de disposer d'elle-même, et la loi qui punit les violences étend sa protection sur tous. Mais le crime s'atténue néanmoins ; les résulats n'en sont pas les mêmes : la fille publique ne reçoit aucune flétrissure de l'acte qui flétrit toute la vie d'une femme honnête ; l'agent, d'ailleurs, a pu ne pas eroire à une résistance opiniâtre et sérieuse. Il faut donc décider avec les docteurs que le coupable doit être puni, non de la peine du crime, mais d'une autre peine : l'attentat est évident, mais les circonstances sont atténuantes ; le châtiment doit descendre d'un degré.

1582. Les mêmes observations s'appliquent, mais avec plus de restriction, à l'accusé d'un viol commis sur une femme honnête qui se trouvait dans un lieu de prostitution ; car, si d'une part l'agent est coupable, puisqu'il ne la connaissait pas, il a pu toutefois être induit en erreur par la nature du lieu. Ulpien le décide ainsi dans une espèce identique : *Si quis virgines appellasset* (*attentasset*), *si tamen ancellari veste vestitas, minus peccare videtur* : *multo minus si meretriciâ veste fœminæ, non matrum-familiarum vestitæ fuissent*[2].

L'atténuation devrait se restreindre plus sévèrement encore, si l'excuse de l'agent se fondait uniquement sur ce qu'il aurait vécu précédemment avec la femme qu'il a violée ; car, suivant la réflexion des jurisconsultes, qui toutefois controversaient cette question, *non est rationabile quod quis possit impunè mulierem quam priùs cognoverat invîtam*

1. Farinacius quæst. 145, num. 153 ; Boerius, décis. 317 ; Mornac, ad l. 41, Dig. de raptu nuptiarum ; Menochius, casu 291, num. 2 ; Julius Clarus, § Raptus, num. 5.

2. L. 15, § 15, Dig. de injuriis.

rapere, quando vellet de cœtero honestè vivere[1]. Il en devrait encore être ainsi lorsque l'accusé prétendrait, pour se justifier, que la victime de son attentat vivait en concubinage avec un autre homme[2]; telle a été aussi la décision de la Cour de cassation, dans une accusation de viol dans laquelle l'accusé proposait pour excuse que la femme qu'il avait violée avait eu des enfants naturels; son pourvoi fut rejeté: « attendu que quiconque parvient à abuser d'une femme quelconque par des violences est coupable de viol, soit que cette femme ait déjà eu des enfants, soit qu'elle n'en ait pas eu, et que par conséquent le demandeur avait été justement déclaré coupable de viol[3]. »

1583. Le défaut de consentement ne remplacerait pas la violence, s'il n'était accompagné d'aucun signe de résistance. Mais en serait-il ainsi, si l'absence de toute résistance provenait d'une fraude ou d'une machination coupable? Cette fraude ou cette machination ne devrait-elle pas être considérée comme un violence même? La négative a été décidée dans l'espèce suivante. Un individu s'était introduit dans la chambre et dans le lit d'une femme endormie dont le mari venait de sortir; il profita de cette surprise pour consommer son attentat; mais, poursuivi pour viol, la chambre d'accusation de la Cour de Besançon annula cette poursuite: « attendu que le viol est, de sa nature, toujours et nécessairement accompagné de violence employée sur la personne même; que c'est la force, c'est-à-dire la violence qui constitue le viol; que la violence n'est pas seulement une circonstance aggravante du fait, mais qu'elle en constitue à elle seule la criminalité; qu'en admettant comme sincère et vraie la déclaration de la plaignante, il en résulte qu'il y a eu de sa part un consentement donné par erreur; mais l'erreur ainsi que le défaut de consentement ne peuvent seuls constituer le crime de viol, dès que l'erreur ou le défaut de consentement

1. Faber in § 4, Inst. de publicis judiciis; Carrerius, Tract. de homicidio, num. 23; Farinacius, quæst. 145, num. 162.

2. Damhouderius, cap. 95, num. 13.

3. Cass., 14 juin 1811, Journ. du pal. 9, 394.

n'a pas été accompagné de violences morales ou physiques ; qu'à la vérité ce fait est profondément immoral, mais que la loi gardant le silence sur un fait de cette nature, on ne doit point y suppléer par analogie [1]. »

Il nous serait difficile d'admettre qu'un crime aussi grave dût rester en dehors des prévisions de la loi ; ses résultats sont évidemment les mêmes que si la violence physique eût été employée. Le déshonneur de la victime, la désolation d'une famille, les moyens dont l'agent s'est servi pour l'accomplir, sont-ils moins odieux ? La surprise est-elle moins infâme que la force, la fraude que la violence ? Supposez que l'attentat eût été commis pendant la durée d'un sommeil frauduleusement procuré à l'aide de drogues narcotiques : la violence n'est-elle pas dans cette machination infâme qui livre la victime sans qu'elle puisse se défendre, dans ces moyens criminels qui l'enchaînent pour la consommation de l'attentat, dans ces liens d'un sommeil léthargique qui la tiennent captive ? Or, serait-il possible d'établir une différence réelle entre ces deux hypothèses ? Dans l'une et dans l'autre, la victime n'a point à s'imputer son abandon et sa crédulité ; sa volonté, sa force ont été enchaînées ; et qu'importe que ce soit par une machination criminellement conçue, par la violence des drogues perfidement préparées, ou par la violence physique de l'agent ? L'attentat n'est-il pas même plus atroce, puisqu'il révèle une combinaison plus froide et plus calculée ? Peut-on objecter que la violence ne s'exerce pas au moment même de l'attentat ? Mais cette violence dure autant que l'erreur, autant que le sommeil frauduleusement procuré. Lorsque la fille enlevée s'évanouit dans les bras de son ravisseur, et qu'il profite de ce moment pour consommer le viol, pourrait-on soutenir qu'il l'a commis sans violence ? Si le crime est commis sous l'impression de menaces de mort, mais sans aucune violence physique, soutiendrait-on qu'il n'y a pas eu de viol parce qu'il n'y a pas eu de résistance ? Si cette résistance a été rendue impossible,

1. Arr. Besançon, 13 oct. 1828, Journ. du dr. crim., 1829, p. 43.

ne faut-il pas nécessairement remonter aux actes qui l'ont enchaînée ?

1584. Cette opinion a été confirmée par deux arrêts qui dans des circonstances complétement identiques à celles de l'arrêt qui vient d'être cité, ont décidé que le fait d'abuser d'une femme pendant son sommeil et contre sa volonté, constitue le crime de viol. Les motifs de ces arrêts sont « que le crime de viol n'étant pas défini par la loi, il appartient au juge de rechercher et constater les éléments constitutifs de ce crime, d'après son caractère spécial et la gravité des conséquences qu'il peut avoir pour les victimes et pour l'honneur des familles ; que ce crime consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action [1]. » Dans l'un de ces arrêts, la question posée portait que l'accusé « avait commis le viol sans le concours de la volonté de la victime et pendant son sommeil ». L'arrêt de rejet a déclaré « que ces termes formulent avec exactitude tous les éléments du crime qualifié [2] ».

1585. Mais la violence ne peut jamais être présumée ; il faut qu'elle soit constatée par les faits eux-mêmes ; il faut qu'elle résulte ou de la résistance de la victime, ou des actes frauduleux qui l'ont empêchée. Ainsi, le fait d'abuser d'une fille en démence qui, à raison de sa démence même, ne s'est pas défendue, est, sans doute une action infâme ; mais cette action ne constituera pas le crime de viol, car rien ne constate la violence ; rien n'établit que cette fille n'a pas eu la conscience de son action, qu'elle n'y a pas donné un secret assentiment. La chambre du conseil du tribunal de la Seine

1. Cass., 25 juin 1857, Bull. n. 240; 31 déc. 1858, Bull. n. 328.

2. Cass., 31 déc. 1858, Bull. n. 328. V. encore, dans le sens de cette jurisprudence, une dissertation de M. de Gérando, *Revue de législation*, 1861, t. 1er, p. 461. — * * V. encore Cass., 27 décembre 1883 ; Bull. n. 295.

avait cru pouvoir, en déclarant qu'un tel fait ne constitue pas le crime de viol, l'assimiler du moins au crime prévu par l'article 331 ; la chambre d'accusation de la Cour de Paris a sagement repoussé cette interprétation : « attendu que la loi ne punit l'attentat à la pudeur commis sur un individu de plus de onze ans, que s'il a été accompagné de violence ; que vouloir appliquer au cas d'imbécillité le principe qui déclare punissable l'attentat commis sans violence sur l'individu âgé de moins de onze ans, ce serait procéder par analogie d'un cas prévu à celui non prévu, ce qui est inadmissible en matière pénale ; ce serait livrer l'application de la loi à une appréciation de l'état moral de la victime, ce qui conduirait à l'arbitraire ; et enfin ce serait punir d'un crime que le coupable pourrait avoir commis sans le savoir, car les signes de la faiblesse *d'esprit ne sont pas apparents toujours et pour tous* [1].

1586. Les différentes espèces que nous venons de parcourir suffisent pour faire apprécier les véritables caractères de la violence constitutive du viol. Il importe de remarquer, maintenant, que cette violence constitue le crime, par cela seul qu'elle a été employée pour le commettre, et indépendamment de sa consommation. C'est ce qui résulte de la règle générale qui punit la tentative des crimes comme les crimes eux-mêmes. Mais quels sont les caractères de la tentative de viol ? La Cour de cassation a pendant longtemps décidé que la loi pénale ne prévoyait et ne punissait dans le viol que le crime commis ; que les tentatives de viol commises avec violence n'étaient autres que des attentats à la pudeur, et que la tentative des attentats à la pudeur n'était pas soumise aux conditions déterminées par l'article 2 du Code pénal [2]. Cette décision révèle une étrange confusion. Sans doute, et nous l'avons établi, la tentative de l'attentat à la pudeur constitue une exception aux règles de l'article 2 ;

1. Arr. Paris, 1er août 1835, Devill. et Car., 1836. 2. 450 ; Dall. 35. 2. 184.

2. Cass., 18 mai 1815, Journ. du Pal., 12. 735 ; 15 sept. 1831, Dall. 31. 1. 309.

mais nous avons aussi fait remarquer que l'attentat à la pudeur et le viol sont deux crimes distincts, qui diffèrent et par leur criminalité et par leur but même. L'attentat à la pudeur peut n'avoir pas le viol pour objet, il n'est donc pas la tentative de ce crime. D'un autre côté, si la tentative de l'attentat est soustraite à la règle générale de l'article 2, c'est à raison de la nature de ce crime, qui ne permet pas le désistement volontaire après l'exécution commencée. Mais le motif n'existe pas à l'égard du viol : le viol se compose de divers actes de violence qui tendent à un but déterminé ; il est possible qu'avant d'atteindre ce but, l'agent se désiste de son entreprise ; il est possible aussi que, malgré la violence, il soit empêché de l'atteindre ; rien ne s'oppose donc à ce que cette tentative soit soumise aux conditions qui régissent toutes les tentatives de crime ; et telle a été aussi la pensée de l'article 332, puisque cet article n'a point énoncé d'une manière spéciale la tentative du viol, comme il l'a fait de celle d'attentat à la pudeur. Il est, au reste, inutile d'insister sur ce point, puisque la Cour de cassation, se réformant elle-même, a décidé qu'une question de tentative de viol, ne renfermant pas les caractères de la tentative légale, n'avait pu devenir la base d'une condamnation. Les motifs de cet arrêt sont : « que, dans l'espèce, cette question n'était pas conforme à l'arrêt de mise en accusation et au résumé de l'acte d'accusation, puisqu'elle ne renfermait pas les caractères de la tentative du crime nécessaires, aux termes de l'article 2 du Code pénal, pour que la tentative puisse être considérée comme le crime même ; que, par conséquent, le jury n'ayant pas été interrogé sur une question constitutive d'un crime suivant la loi, la réponse affirmative par lui faite ne pouvait servir de base légale à l'application d'une peine ; que dans l'état actuel de la législation, le crime de viol ou la tentative caractérisée de ce crime ne doivent pas être confondus avec tous les autres attentats à la pudeur, consommés ou tentés avec violence, et ne peuvent pas non plus leur être assimilés, parce qu'ils en diffèrent non-seulement par leur nature, mais encore par la gravité de la peine portée par la loi. »

1587. Néanmoins, il ne faudrait pas inférer de cette distinction que l'attentat à la pudeur avec violence ne pût, dans une accusation de viol, être posé subsidiairement et comme résultant du débat, car il y a entre ces deux crimes, à côté des nuances qui les séparent, des analogies qui les rapprochent et qui peuvent, suivant les circonstances, imprimer à un même fait l'une ou l'autre incrimination. Il a été décidé dans ce sens « que si le crime de viol présente un caractère légal différent de celui d'attentat à la pudeur avec violence, et si ces deux crimes diffèrent essentiellement par le but, néanmoins l'attentat à la pudeur avec violence peut, à raison des faits qui le constituent, être considéré comme une modification du premier, et peut donner lieu à la position d'une question résultant des débats et subsidiaire [1]. »

§ III. — *Circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur avec violence, et du viol.*

1588. Nous passons actuellement à l'examen des caractères qui sont communs à ces deux crimes. Ces caractères consistent dans les circonstances identiques dans lesquelles l'un et l'autre puisent une même aggravation.

La première de ces circonstances est l'âge de la victime. Le deuxième paragraphe de l'article 332, relatif au crime de viol, porte : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira le *maximum* de la peine des travaux forcés à temps. » Et le quatrième paragraphe du même article, relatif à l'attentat à la pudeur avec violence, répète la même disposition : « Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps. » Le rapporteur de la commission du Corps législatif motivait cette disposition en ces termes : « Au-dessous de l'âge de quinze

1. Cass., 15 sept. 1837, Bull. n. 275 ; 8 fév. 1849, Bull. n. 39 ; 30 mai 1850, n. 177.

ans, l'innocence doit plus particulièrement commander le respect et faire taire jusqu'aux désirs; l'emploi de la force est alors d'autant plus révoltant, qu'il offre une violation de l'instinct même de la nature, et un abus de l'ignorance autant que de la faiblesse de la victime. Au-dessous de cet âge, les auteurs du projet de la loi proposent avec raison une augmentation dans la peine, puisqu'il existe une aggravation dans le crime. »

L'âge qui, dans l'attentat à la pudeur sans violence est élémentaire du crime, constitue au contraire une circonstance aggravante de l'attentat à la pudeur avec violence; car, dans cette dernière hypothèse, le crime existe indépendamment de cette circonstance qui n'a pour effet que d'en faire aggraver la peine, De là il suit, d'abord, qu'il n'appartient qu'au jury de déclarer cette circonstance du fait[1]; ensuite, qu'elle doit faire l'objet d'une question distincte et séparée[2].

1589. Une deuxième circonstance aggravante, également commune aux crimes de viol et d'attentat à la pudeur avec violence, résulte de la qualité du coupable.

Art. 333. Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat; s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle; s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées; s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine sera celle des travaux forcés à temps. dans le cas prévu par le § 1er de l'art. 331, et des travaux forcés à perpétuité, dans les cas prévus par l'article précédent.

Une rectification faite à cet article par la loi du 13 mai 1863 a eu pour unique objet de ne pas en étendre l'applica-

1. Cass., 8 nov. 1838, Bull. n. 346.

2. Cass., 18 avril 1839, Journ. du dr. crim., 1839, p. 95, et Cass., 9 sept. 1841, Bull. n. 271; 2 juin 1848, Bull. n. 165. — * * V. aussi Cass., 2 janvier 1874; Bull. n. 2; — 6 janvier 1881; Bull. n. 3; — 15 mai 1884; Bull. n. 168; — 5 mars 1885; Bull. n. 75.

tion au 2e § de l'article 331. L'incrimination qui fait l'objet de ce deuxième paragraphe, étant fondée sur l'autorité des ascendants, ne pouvait recevoir une aggravation résultant de cette même qualité. Ce motif que nous présumons, ne se trouve d'ailleurs exprimé ni dans le rapport, ni dans la discussion de la loi.

Le principe de cette aggravation se trouvait déjà dans la législation ancienne. Ainsi la loi romaine portait une peine plus forte contre l'auteur du stupre, lorsqu'il avait été commis par le tuteur ou le curateur de la victime [1], ou par un juif sur une fille chrétienne [2], ou enfin par un esclave sur sa maîtresse [3]. La déclaration du 22 novembre 1730 avait recueilli ce principe : « Les personnes majeures ou mineures, porte son article 3, qui se trouveront seulement coupables d'un commerce illicite, seront condamnées à telles peines qu'il appartiendra, selon l'exigence des cas, sans néanmoins que les juges puissent prononcer contre elles la peine de mort, si ce n'est que, par l'autorité des circonstances, *par la qualité et l'indignité des coupables*, ce crime parût mériter le dernier supplice : ce que nous laissons à l'honneur et à la conscience des juges. » Muyart de Vouglans, après avoir cité cette ordonnance, ajoute : « Il paraît, d'après les arrêts, que l'on a suivi les distinctions faites tant par cette loi que par le droit romain, en ce que les peines y sont augmentées ou diminuées suivant les circonstances, mais surtout suivant la qualité de ceux qui commettent ce crime ou de ceux envers qui il est commis : on veut dire que l'on est dans l'usage de prononcer les peines corporelles et même les capitales dont il est parlé dans cette loi, contre ceux qui abusent de l'indignité de leur état et de l'ascendant que leur donne leur qualité sur de jeunes personnes, pour parvenir à la consomma-

1. Si tutor pupillam quondam suam violatâ castitate stupraverit, deportationi subjugetur, atque universæ ejus facultates fisci juribus vindicentur. L. un. C. si quis eam cujus sit fuer. corrupt.

2. L. 6, C. de judiciis ; Julius Clarus, § Fornicatio, num. 26 ; Farinacius, quæst. 139, num. 3.

3. L. 1, C. de mulieribus quæ sev. prop. se junxerunt.

tion de ce crime, tels que les esclaves, les juifs, les tuteurs et les curateurs. A quoi il faut joindre le geôlier qui abuse de sa prisonnière, le médecin de sa malade, le maître à chanter ou à danser de son écolière, le curé de sa paroissienne, le confesseur de sa pénitente, et le seigneur de la fille de son vassal [1]. » Ainsi, sous cette législation, la peine devenait plus grave à raison de la qualité de l'agent, à raison de l'autorité qu'il avait pu exercer sur la victime, des facilités que sa position lui donnait, de la confiance qui avait été placée en lui et dont il avait abusé. Notre Code n'a donc fait qu'hériter d'un principe déjà consacré par une longue pratique.

1590. Examinons maintenant les diverses applications de ce principe par l'article 333; la première concerne *les ascendants* de la personne sur laquelle l'attentat a été commis. Cette expression est une addition faite à l'article 333 par la loi du 28 avril 1832. Cet article s'était borné à énoncer, en général, *ceux qui ont autorité sur la personne envers laquelle ils ont commis l'attentat*; et la question s'étant élevée de savoir si l'on peut ranger dans cette classe le père qui a commis un attentat à la pudeur sur sa fille *majeure*, la Cour de cassation décida, par un arrêt rendu, chambres réunies, le 6 décembre 1828, que le législateur n'ayant point nominativement désigné les pères dans l'article 333, et l'autorité des pères et mères sur leurs enfants cessant, d'après l'article 372 du Code civil, par leur majorité ou par leur émancipation, l'article 333 ne s'étendait pas à cette hypothèse [2]. C'est pour remplir cette lacune de la loi que le législateur l'a rectifiée.

1591, Après les ascendants, l'article 333 énonce les personnes qui sont *de la classe de ceux qui ont autorité* sur la victime. On peut distinguer deux espèces d'autorité : l'autorité légale, qui prend sa source dans la loi elle-même, telle est celle qu'exercent les pères et mères, les tuteurs et curateurs; et l'autorité de fait, qui dérive non de la loi, mais des

1. Lois crim., p. 213.
2. Journ. du dr. crim., 1829, p. 42,

circonstances et de la position des personnes: telle est celle du mari sur les enfants nés du premier mariage de sa femme, et des maîtres sur leurs domestiques. Peut-on restreindre la disposition de la loi aux seules personnes qui sont investies d'une autorité légale ? Quelques auteurs l'ont pensé : « Par ceux qui ont autorité sur les personnes, dit M. Carnot, on ne peut entendre que les pères et mères, les tuteurs et curateurs [1]. » M. Haus ajoute : « La disposition de l'article 333 est exceptionnelle, et doit dès lors être interprétée dans un sens étroit ; elle est pénale, et doit dès lors être expliquée, en cas de doute, dans le sens le plus favorable. Ensuite, cet article parle nominativement des instituteurs, fonctionnaires publics et ministres d'un culte, c'est-à-dire des personnes qui ont une autorité de fait. Or, cette désignation spéciale serait inutile si les termes de l'art. 333 comprenaient l'autorité de droit et de fait [2]. »

1592. Ces motifs ne nous paraissent pas concluants. L'article 333 s'étend, en général, à toutes les personnes qui ont autorité sur la victime ; il ne distingue pas l'autorité de droit et de fait; on ne peut donc circonscrire sa disposition à l'un de ces cas qu'autant que la raison de la loi commande cette restriction. Or, quelle est la raison de l'aggravation ? C'est que le coupable, investi d'une puissance quelconque sur la victime, s'en est servi comme d'un instrument pour commettre son crime ; c'est qu'il a fait de cette puissance, qui devait être un titre de protection, une source de corruption; c'est qu'ayant trahi une obligation spéciale, le devoir qui dérivait de son autorité même, sa faute est plus grave et pour ainsi dire double. Après cela, qu'importe que l'autorité dérive de la loi ou de la condition sociale ? Il suffit qu'elle ait existé pour que le crime devienne plus grave, parce que c'est par l'abus de cette autorité qu'il a été consommé. L'autorité légale, d'ailleurs, ne devient une circonstance aggravante du crime que parce qu'elle suppose nécessairement une autorité de fait ; la criminalité s'aggrave à raison de l'influence morale

1. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 115.
2. Observations sur le projet du Code pénal de Belgique, t. 3, p. 7.

que l'agent a pu exercer, et les effets de cette influence sont évidemment les mêmes, quelle que soit la source d'où elle dérive. L'objection tirée de ce que l'art. 333 a mentionné, en dehors de ceux qui ont autorité sur la victime, les instituteurs, les fonctionnaires et les ministres des cultes, est facile à résoudre. A l'égard de ces personnes, l'aggravation se puise, non plus dans l'autorité qu'elles exercent, car elles peuvent n'en exercer aucune sur la victime, mais dans la violation du devoir que leur imposent leurs fonctions. La désignation des instituteurs et des fonctionnaires n'exclut pas plus des termes de l'art. 333 ceux qui n'exercent qu'une autorité de fait, que la désignation des ascendants n'exclut les autres personnes qui exercent une autorité légale. Cette interprétation s'appuie sur les paroles de l'orateur du Corps législatif : « Le projet, disait M. Monseignat, s'applique aux individus qui ont quelque autorité sur la personne qui est l'objet de l'attentat qui nous occupe, comme ses maîtres, ses tuteurs, ses curateurs. » Ainsi le législateur lui-même confond, en expliquant cette disposition, l'autorité qui dérive du fait et celle qui dérive de la loi. La Cour de cassation a confirmé cette doctrine. Une Cour d'assises avait refusé de poser la question de savoir si la victime était domestique de l'auteur de l'attentat, parce que la qualité de maître ne pouvait entraîner aucune aggravation. La Cour de cassation a annulé cette décision : « attendu que si les maîtres coupables envers leurs domestiques de l'un des crimes de l'art. 331 du Code pénal, ne sont pas énoncés nominativement dans l'art. 333 du même Code, ils y sont implicitement mais nécessairement compris ; qu'il était résulté des débats que la plaignante était servante de l'accusé lorsque le crime avait été commis ; que dès qu'une des circonstances aggravantes du crime d'attentat à la pudeur avec violence était sortie de ces débats, le ministère public avait eu le droit de requérir la position d'une question sur cette circonstance ; qu'en refusant de déférer à cette réquisition du ministère public, sous le prétexte que les maîtres ne sont pas nominativement compris dans l'art. 333, tandis que la disposition de cet article, comprenant tous les coupables de la classe de ceux qui ont autorité sur la per-

sonne envers laquelle ils ont commis le crime, s'applique nécessairement aux maîtres qui l'ont commis envers leurs domestiques, la Cour d'assises a évidemment mal interprété et violé ledit article[1] ».

1593. Cette jurisprudence a été continuée dans quelques hypothèses qu'il est utile de rappeler. La question s'est élevée d'abord de savoir si le mari doit être réputé avoir autorité sur l'enfant naturel de sa femme, après le décès de celle-ci. La solution affirmative résulte d'un arrêt portant : « qu'il est constaté par la réponse du jury que la fille Bourgoin, depuis le mariage de sa mère, a toujours habité et vécu dans la maison des époux Vallot ; que dès lors l'autorité qui, du vivant de la mère était la conséquence de la puissance maritale, n'a pas cessé après le décès de celle-ci ; que cette circonstance n'a fait au contraire que rendre pour Vallot son devoir de protection plus impérieux et son crime plus grave[2] ». Une autre question était de savoir si le chef d'un atelier a autorité sur les ouvriers qui y travaillent sous ses ordres. La solution a encore été affirmative[3] ; mais on a prétendu cependant que le caractère discontinu de ce travail enlevait à l'autorité l'un de ses éléments. la permanence. Il a été répondu « que l'art. 333 s'étend à tous les coupables qui ont autorité sur la victime de l'attentat,quel que soit d'ailleurs le caractère de cette autorité, et sans distinguer entre l'autorité permanente et celle qui peut ne pas exister d'une manière continue, l'autorité, dans l'un conme dans l'autre cas, attribuant à celui qui la possède un ascendant dont l'art. 333 a précisément pour objet de prévoir et de punir l'abus[4] ». Toutefois, quand

1. Cass., 26 déc. 1823, S. 24. 1. 183.

2. Cass., 12 août 1859, Bull. n. 200.

3 et 4. Cass., 27 août 1857, Bull. n. 321. — * * Cette jurisprudence s'est encore affirmée dans une espèce où le jury, interrogé sur le point de savoir si l'accusé était grand-oncle par alliance de la victime, s'il la recevait quotidiennement dans son domicile, si elle lui était confiée par sa mère, avait répondu affirmativement ; la Cour suprême a jugé que de ces faits déclarés constants la Cour d'assises avait pu tirer la conséquence que l'accusé était de la classe de ceux qui avaient autorité sur cette enfant mineure (Cass., 9 décembre 1875 ; Bull. n. 349).

l'autorité dérive du fait, il est nécessaire que la déclaration du jury énonce le fait dont elle est la conséquence. Il ne suffit pas, par exemple, de constater que le coupable « avait la qualité de père nourricier » ; il faut ajouter à cette énonciation d'une qualité qui ne donne pas une autorité, même de fait, durable, les circonstances spéciales qui peuvent constituer l'autorité de fait de celui qui la porte [1].

1594. Le sens de ces termes ainsi fixé, il reste à déterminer quelle est la juridiction qui doit déclarer si l'accusé fait partie de la classe des personnes qui exercent une autorité sur la victime de l'attentat. Nous avons eu déjà l'occasion d'examiner cette question (V. nos 689 et 726), qui touche plus d'ailleurs à l'instruction criminelle qu'au Code pénal [2]. En règle générale, le fait et ses circonstances ne peuvent être appréciés que par le jury ; or, l'autorite dont l'accusé était investi et qu'il a pu exercer, est une circonstance du fait. Mais, à côté de cette règle, la Cour de cassation a constamment établi, comme une sorte de limite, que si les faits ne peuvent être déclarés constants que par le jury, il n'appartient qu'à la Cour d'assises de tirer de ces faits leurs conséquences légales. Ainsi c'est au jury qu'est attribué le droit de déclarer l'âge de la personne sur laquelle a été commis l'attentat [3]; c'est au jury de répondre si l'accusé de cet attentat est tuteur, beau-père, ascendant ou domestique de la victime [4]. Ces circonstances sont des éléments d'aggravation ou d'atténuation de la peine; il est impossible dès lors de les soustraire à l'examen du jury. Vainement on alléguerait qu'elles peuvent être établies par acte authentique. L'acte authentique perd au sein des débats criminels sa force de preuve ; il n'a plus qu'une force de présomption que la puissance

1. Cass., 11 déc. 1856, Bull. n. 393. — * * Ajoutons encore que le jugement doit constater l'existence de cette autorité au moment où l'attentat a été commis (Cass., 17 janv. et 7 août 1884 ; Bull. nos 13 et 261).

2. V. notre Traité de l'instr. crim., t. VIII, n. 3697 et 3698.

3. Cass., 1er oct. 1834, Devill. et Car., 1834.1.767 ; Journ. du dr. crim., 1834, p. 231.

4. Cass., 3 mai 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 280.

illimitée du jury peut admettre ou anéantir, parce qu'il est appelé à apprécier la relation du fait établi par la preuve légale avec le fait incriminé et son influence sur la culpabilité de l'agent. Il ne suffit plus que le fait résulte d'un acte, il faut encore que le jury reconnaisse et proclame ce résultat. Mais dès qu'il s'agit, suivant la même jurisprudence, non plus seulement de reconnaître un fait, mais d'en tirer des conséquences légales relativement à l'application de la peine, le pouvoir du jury expire, et la Cour d'assises devient seule compétente. Ainsi cette Cour peut seule décider si l'accusé, en sa qualité de beau-père, déclarée par le jury, jouissait d'une autorité légale sur la fille de sa femme [1], si l'oncle exerce une autorité sur sa nièce [2], le maître sur sa domestique, le tuteur sur sa pupille. Cette distinction a été consacrée par un très grand nombre d'arrêts [3].

1595. La Cour de cassation a jugé en point de droit, conformément à cette distinction, que le mari a autorité sur les enfants mineurs non émancipés, issus du premier mariage de sa femme, mais que cette autorité cesse par leur majorité ou leur émancipation [4]. Les motifs de cette décision sont : « que, d'après l'art. 372 du Code civil, l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, et qu'aux termes de l'art. 374 du même Code, l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père ; que cette autorité continue d'exister, avec certaines modifications, dans la personne de la mère, après le décès du père, et même après qu'elle a convolé à de secondes noces ; que, dans ce dernier cas, le second mari, par l'effet seul de la puissance maritale et de sa qualité de

1. Cass., 25 mars 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 211 ; 3 mai 1832, Bull. 1832, p. 281 ; 2 oct. 1833, Devill. et Car., 1836. 1. 112 ; 22 sept. 1836, Bull. n. 310 ; Cass., 25 mars 1843, Bull. n. 70 ; 2 mai 1844, Bull. n. 157.

2. Cass., 4 avril 1833, Devill. et Car., 1833.1.411.

3. V. Cass., 10 août 1839, Devill. et Car., 1840.1.71 ; 17 janv. 1850, Bull. n. 23. — * * *Adde* Cass., 2 août 1878 ; Bull. n. 176.

4. Cass., 25 mars 1830, Devill. et Car., 1830.1.277 ; 3 mars 1832, Journ. crim., 1832, p. 281 ; 26 fév. 1836, Bull. n. 60 ; 14 nov. 1846, n. 245.

chef et de maître du domicile commun, entre nécessairement en partage de l'autorité de sa femme sur ses enfants mineurs et non émancipés, issus du premier mariage, ainsi que cela résulte des dispositions combinées des art. 213, 214, 395 et 396 du Code civil ; que s'il est vrai que la mère qui a convolé a perdu de plein droit la tutelle, faute par elle d'avoir, conformément à l'art. 395 du Code précité, convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle de sa fille mineure devait lui être conservée, le second mari, quoique non revêtu de la qualité de cotuteur, n'en demeure pas moins solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par sa femme ; que cette disposition de la loi prouve jusqu'à l'évidence que le législateur a considéré le second mari comme exerçant en réalité une autorité sur les biens et sur la personne de la mineure, puisqu'il en fait peser sur lui la responsabilité ; qu'il résulte de ces principes que le beau-père qui se rend coupable du crime de viol sur la personne de sa belle-fille mineure non émancipée, rentre dans la catégorie des personnes ayant autorité sur celles qu'a eues en vue l'art. 333 du Code pénal [1] ».

D'autres arrêts ont également décidé : 1° que le mari qui se rend coupable d'attentat à la pudeur sur la personne de la fille naturelle de sa femme est passible de l'art. 333 : « attendu qu'aux termes des art. 213, 214, 372, 373 et 374 du Code civil combinés, la mère a autorité sur l'enfant naturel par elle reconnu ; que son mari participe nécessairement de cette autorité par celle que la loi lui confère sur sa femme ; que d'ailleurs il a lui-même une autorité directe sur l'enfant mineur habitant le domicile conjugal [2] » ; 2° qu'il en est ainsi du père naturel de la victime, surtout quand quelques-uns des faits ont eu lieu depuis la légitimation par mariage subséquent : « attendu que le jury ayant déclaré que certains des attentats avaient eu lieu après le mariage des père et mère de la victime et la légitimation de cette der-

1. Cass., 16 fév. 1837, Devill. et Car., 1837.1.351.

2. Cass., 11 juin 1841, Bull. n. 174 ; 20 janv. 1853, Bull. n. 23 ; 7 juin 1860, Bull. n. 130.

nière, l'art. 333 devait recevoir son application sans qu'il fût nécessaire d'examiner si dans ce cas la paternité naturelle, d'ailleurs non reconnue jusqu'au mariage, aurait dû produire les mêmes effets que la paternité légitime ou devenue telle par le mariage[1] » ; 3° qu'il en est encore ainsi du mari à l'égard de sa femme : « attendu qu'aux termes du droit commun et des dispositions du Code Napoléon, le mari a autorité sur sa femme, laquelle lui doit obéissance ; que cette qualité, qui impose au mari l'obligation de protéger sa femme, ne peut donc qu'aggraver un crime qui n'est qu'un odieux abus de son autorité et l'oubli le plus coupable de la protection qu'il lui doit[2] ». Mais toutes ces solutions de droit ne peuvent intervenir que lorsque toutes les circonstances de fait, qui en sont les éléments, telles, par exemple, que la minorité de l'enfant, ont été implicitement reconnues par le jury[3].

Nous devons noter encore un arrêt rendu à notre rapport qui décide en termes exprès : 1° que l'aggravation peut résulter d'une autorité de fait ; 2° que cette autorité peut résulter même d'un fait illicite ; 3° que le jury doit déclarer alors les faits constitutifs de cette autorité et la Cour en reconnaître le caractère. L'arrêt décide : « que l'aggravation pénale portée par l'art. 333, dans le cas où l'accusé est de la classe de ceux qui ont autorité sur la victime, peut résulter, non-seulement d'une autorité de droit, mais aussi d'une autorité de fait ; que les questions affirmativement résolues par le jury constatent que l'accusé vivait en concubinage avec la mère de la victime, qu'il avait une habitation commune avec la mère et la fille, et que celle-ci était âgée de moins de 13 ans ; que dans ces faits l'arrêt attaqué a pu trouver les éléments constitutifs de la circonstance aggravante ; qu'en effet, l'accusé vivant maritalement et dans un domicile commun avec la mère de la victime, exerçait nécessairement sur cette enfant

1. Cass., 22 déc. 1842, Bull. n. 335.
2. Cass., 18 mai 1854, Bull. n. 161.
3. Cass., 12 août 1859, Bull. n. 200 ; 21 janv. 1858, Bull. n. 12 ; 14 nov. 1866, Bull. n. 245.

âgée de moins de 13 ans une autorité de fait ; qu'il importe peu que cette autorité résultât d'un acte illicite et qu'elle fût usurpée ; que la criminalité s'aggrave, à raison de l'influence morale que l'accusé exerce sur la victime, et que cette influence peut dériver d'un fait illégitime aussi bien que d'un titre légitime[1]. »

1596. La troisième classe de personnes dont la qualité est une cause d'aggravation du crime se compose des *instituteurs*. Ce n'est pas précisément dans l'autorité qu'ils exercent que cette aggravation puise son motif : cette autorité est, dans certains cas, presque nulle ; par exemple, quand ils ne font qu'enseigner un art, une science quelconque. Si leur crime est plus grave, c'est parce qu'ils violent un devoir plus sacré, c'est parce qu'ils abusent de la confiance qui leur a été accordée, c'est parce qu'ils mettent à profit les facilités que leurs fonctions leur laissent et la familiarité qu'elles leur permettent. Tels sont les motifs qui ont porté le législateur a inscrire dans la loi les instituteurs, après avoir mentionné ceux qui ont autorité sur la personne. Nous pensons, du reste, qu'on doit comprendre dans cette expression tous les maîtres attachés soit à la surveillance de la personne, soit à l'enseignement de l'élève ; la même raison d'aggravation subsiste à l'égard de tous. Il en était de même dans l'ancien droit, auquel notre Code a emprunté cette règle, et qui l'appliquait aux maîtres de danse, de musique, de dessin, convaincus d'avoir abusé de leurs écolières[2].

1597. La quatrième classe des personnes dont la qualité aggrave l'attentat se forme des *serviteurs à gages*, soit de la victime elle-même, soit des ascendants ou des personnes qui ont autorité sur elle. L'ancien art. 333 ne mentionnait que les serviteurs à gâges de la personne sur laquelle l'attentat a été commis ; une difficulté très grave était née des termes incomplets de cet article. Il avait paru douteux que le viol commis par un domestique sur la fille de son maître fût passible de l'aggravation, attendu que les domestiques sont les

1. Cass., 31 déc. 1868, Bull. n. 265.
2. Jousse, t. 3, p. 737, et conf. Cass., 9 août 1867, Bull. n. 186.

serviteurs à gages du père, du chef de la famille, et non de ses enfants [1]. La loi du 28 avril 1832 a fait cesser ces incertitudes. La qualité de serviteur à gages, existe non-seulement en ce qui concerne le chef de la famille, mais encore tous les membres qui la composent.

1598. L'art. 333 prononce l'aggravation, « si les coupables sont les serviteurs à gages (de la personne sur laquelle a été commis l'attentat) ou *serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées,* » c'est-à-dire des ascendants de la victime ou des personnes qui ont autorité sur elle. De là il suit que si le coupable et la victime sont tous les deux domestiques dans dans la même maison, l'aggravation est applicable, puisque l'auteur du crime est serviteur à gages de la personne qui avait autorité sur celle-ci. Ce point a été reconnu par un arrêt, rendu à notre rapport, et qui dispose : « qu'il est constaté par la déclaration du jury que le demandeur était serviteur à gages de personnes qui avaient autorité sur la victime ; que par conséquent la Cour d'assises a fait une juste application de l'art. 333 ; que le fait que la fille, sur laquelle l'attentat a été commis, se trouvait employée dans la même qualité de domestique et dans la même maison que l'accusé, n'était point un obstacle à cette application ; qu'il suffit, en effet, d'après les termes précis de l'art. 333, que cet accusé ait commis le crime sur une personne soumise à l'autorité des individus dans la maison desquels elle était placée comme domestique , pour qu'il soit devenu passible de l'aggravation pénale ; que la loi a voulu frapper d'une peine plus forte l'auteur d'un attentat à la pudeur sur l'une des personnes qui sont protégées par l'autorité du chef de la famille, pour avoir ainsi porté le désordre dans la maison où il a été admis [2]. »

1599. *Les fonctionnaires publics* et *les ministres des cultes* forment la dernière classe des personnes dont la qualité est une cause d'aggravation de la peine. A l'égard des uns et des autres, une grave question peut s'élever : suffit-il d'avoir

1. Cass., 6 sept. 1821, Bull. n. 147 ; 6 oct. 1864, Bull. n. 239.
2. Cass., 16 mars 1854, Bull. n. 72.

cette qualité pour devenir passible des peines de l'art. 333 ? Ne faut-il pas encore que le crime ait été commis dans le lieu où les fonctions étaient exercées, et sur des personnes sur lesquelles elles donnaient autorité? Un député avait demandé, dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, que les termes de la loi fussent restreints à ce dernier cas à l'égard des fonctionnaires. « Le motif, disait-il, qui fait porter une peine plus grave contre les personnes désignées dans le premier paragraphe, est uniquement la plus grande facilité qu'elles trouveraient à commettre le crime ; ce motif ne s'applique donc au fonctionnaire que dans les cas où ses fonctions lui auraient donné un ascendant sur la personne, un moyen de s'introduire auprès d'elle ; en un mot, qu'autant que le délit aura été commis sous l'influence des fonctions. La disposition de la loi ne doit donc pas être obligatoire contre la seule qualité de fonctionnaire public, mais seulement facultative, selon les cas essentiellement variables. Et cependant, liés par les termes positifs de l'article du Code pénal, que le projet copie, des tribunaux ont appliqué cette aggravation de peine à un employé de l'octroi [1], attendu que, dressant des procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux, il est revêtu d'un caractère public : comme si le droit de dresser des procès-verbaux était d'aucun secours pour commettre l'attentat dont il est question, et devait être d'aucun poids dans l'aggravation de la peine ! Dira-t-on que les fonctionnaires publics, en cette qualité, doivent donner l'exemple de la moralité, et sont plus coupables quand ils y manquent ? Mais alors aggravez donc contre eux toutes les peines pour tous les délits, et non pour celui-ci spécialement, car il n'existe pas pour lui de raison spéciale [2]. » Cet amendement fut rejeté sans discussion à une faible majorité. Faut-il considérer ce vote de la Chambre des députés comme une réprobation du système qui lui était présenté ? Ce ne serait qu'avec peine que nous admettrions cette conclusion, car il serait difficile de méconnaître la justesse

1. A un employé des douanes ; Cass., 24 janv. 1822, S. 22.184.
2. Moniteur du 6 déc. 1830.

de ce système. Ce n'est que l'abus du pouvoir dont les fonctionnaires sont investis qui rend leur crime plus grave ; quand leurs fonctions n'ont pu exercer aucune influence sur sa perpétration, lorsqu'ils ne se sont servis ni de leur autorité ni de leurs prérogatives pour le consommer, on ne voit pas par quel motif ils seraient punis d'une peine plus forte que les autres citoyens. C'est sans doute cette réflexion qui a porté M. Carnot à émettre l'opinion, trop absolue du reste, que, hors le lieu de la résidence du fonctionnaire, l'aggravation de peine lui serait inapplicable [1]. A la vérité, quelques paroles du rapporteur du Corps législatif semblent contredire la distinction proposée : « Les fonctionnaires publics, disait M. Monseignat, ou les ministres d'un culte, les hommes investis d'un caractère éminent, vous disait, il y a peu de jours, le rapporteur du Conseil d'État, en développant une disposition que vous avez déjà convertie en loi, ces ministres doivent aux autres citoyens l'exemple d'une conduite pure et sans tache : plus répréhensibles quand ils tombent en faute, plus coupables quand ils commettent des crimes, ils doivent être punis davantage. » Mais il faut remarquer que ces dernières lignes, empruntées à M. Berlier, n'avaient été appliquées par celui-ci qu'au fonctionnaire coupable de concussion, et que la loi frappe d'une peine plus grave que le simple préposé. M. Monseignat, en étendant cette observation aux crimes de viol et d'attentat à la pudeur, n'a pas réfléchi que la gravité de ces crimes ne se puisait plus, comme celui de concussion, dans l'élévation des fonctions, mais bien dans l'abus de l'autorité qui en dérive ; car, si le fonctionnaire qui commet un tel crime était réputé plus coupable à raison de son seul titre, cette présomption devait s'étendre à tous les crimes, à tous les attentats. Ce n'est donc pas l'indignité du fonctionnaire que la loi punit dans le viol d'une peine plus grande, c'est l'application de son influence et de son pouvoir à la consommation du crime ; ce n'est pas

1. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 78.

dans son titre que se puise l'aggravation, c'est dans l'abus qu'il a fait de la puissance dont il était dépositaire. Les termes de la loi, quelque absolus qu'ils soient, ne repoussent cependant point cette distinction, qui ne fait que les concilier, en expliquant leur véritable sens, avec la pensée qui les a dictés.

1600. Mais nous devons dire de suite que cette interprétation n'a point été adoptée par la jurisprudence, et il était peut-être difficile qu'en présence des termes de la loi et de l'exposé de l'orateur du Corps législatif, elle pût l'admettre, quoique cette restriction fût conforme au système général de la loi pénale. Plusieurs arrêts ont déclaré : « que l'aggravation de peine prononcée par l'article 333 contre le fonctionnaire qui s'est rendu coupable de viol ou d'attentat à la pudeur, n'est point subordonnée aux relations que les fonctions ont pu établir entre l'auteur de l'attentat et sa victime ; qu'il résulte de l'article 333 que la qualité de fonctionnaire est par elle-même la circonstance aggravante, et que dès lors l'application n'en doit pas être restreinte au cas où le crime a été commis par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice [1]. » La même solution a été appliquée aux ministres des cultes [2]. Il importe d'ajouter que le jury, en ce qui touche la qualité comme pour l'autorité, ne doit déclarer que la fonction exercée par l'agent, par exemple, s'il était préposé de la poste ou des douanes, et non le titre légal de fonctionnaire public [3].

1601. Nous venons d'examiner les circonstances aggravantes des crimes de viol et d'attentat à la pudeur, qui prennent leur source soit dans l'âge de la victime, soit dans la qualité de l'agent. Une troisième circonstance aggravante résulte encore de l'assistance que le coupable

1. Cass., 9 juin 1853, Bull. n. 204 ; 5 mai 1859, Bull. n. 115 ; 22 nov. 1866, Bull. n. 241.

2. Cass., 13 nov. 1856, Bull. n. 347. — * * *Adde* Cass., 1er juill. 1880 ; Bull. n. 135.

3. Cass., 22 nov. 1866, Bull. n. 241.

reçoit d'une ou de plusieurs personnes dans l'exécution de son crime.

Cette assistance peut être donnée soit par des complices qui n'ont d'autre but que de faciliter à l'auteur l'exécution du crime, soit par des coauteurs qui se prêtent une coopération mutuelle pour l'exécution successive du même crime.

Dans l'un et l'autre cas, l'aggravation est également applicable, car c'est le fait matériel de l'assistance, quelle que soit l'intention de ceux qui la prêtent, qui aggrave la criminalité. « Ce serait, suivant les expressions d'un arrêt, faire injure au législateur que de croire qu'il aurait entendu infliger la même peine à l'individu qui, seul et sans être aidé de personne, aurait commis ou tenté de commettre un viol, qu'à celui, beaucoup plus coupable, qui se serait fait aider dans son crime par un ou plusieurs complices, dont les forces réunies auraient mis leur malheureuse victime dans l'impossibilité absolue de se défendre, et qui auraient encore pu assouvir tour à tour sur elle toute leur brutalité, et joindre ainsi la barbarie à l'outrage [1]. »

La même peine frappe également les complices et les coauteurs ; les premiers en vertu de l'article 59, les autres en vertu de l'article 333 du Code pénal. Cette association ne peut avoir pour moteur, dans l'un ou l'autre cas, que le plus vil intérêt ou le plus dégoûtant partage. Toutefois il faut remarquer cette différence, qu'à l'égard des complices il est nécessaire que les questions posées au jury renferment les circonstances constitutives de la complicité spécifiée par l'article 60 du Code pénal, tandis que cette déclaration devient sans objet dès que les assistants ont eux-mêmes coopéré simultanément au crime [2].

La Cour de cassation a jugé, par une conséquence de cette distinction, que l'accusé déclaré coupable d'avoir, *conjointement avec un autre individu*, commis le crime de viol, était passible des peines de l'art. 333 : « attendu que, quand deux

1. Cass., 29 mars 1812, J.P.10.239.
2. Cass., 31 juill. 1818, J.P.14.953.

individus commettent un crime conjointement, ils en sont nécessairement coauteurs ; qu'il y a simultanéité d'action et assistance réciproque [1]. »

Il résulte d'un autre arrêt que le complice peut être déclaré coupable, bien que le jury ait déclaré que l'auteur principal n'avait pas été aidé dans son crime, « attendu que la circonstance aggravante prévue par l'article 333 porte sur la participation directe et matérielle donnée au crime, tandis que la complicité résultant des dispositions des articles 59 et 60 ne présente pas nécessairement les caractères de participation directe et matérielle ; que la complicité peut résulter de faits et d'actes qui, tout en concourant à la perpétration du crime et en facilitant sa consommation, ne constituent pas cependant la contrainte violente et immédiate exercée sur la victime [2]. » Mais il y a cette différence entre le coauteur et le complice que, si ce dernier est investi d'une qualité qui entraînerait dans l'auteur l'aggravation pénale, cette aggravation ne lui est pas applicable, « attendu que, d'après l'art. 60, le complice doit être puni de la même peine que l'auteur principal ; que cette identité n'existerait plus s'il était possible qu'une circonstance ou une qualité personnelle au complice aggravât sa culpabilité légale et le soumît à une peine qui ne pourrait s'étendre à celui qui a consommé le crime [3]. »

Il a encore été décidé que, dans une accusation de complicité de viol, il n'est pas nécessaire, en déclarant l'accusé coupable d'avoir assisté l'auteur du crime dans les moyens de le commettre, que le jury ajoute qu'il a agi *avec connaissance* [4]. Nous avons combattu cette décision en posant les règles constitutives de la complicité (n° 298), et nos observations ont été justifiées par un arrêt qui déclare : « que la déclaration du jury qui n'établit pas que l'accusé a aidé et assisté avec connaissance l'auteur du crime dans les faits qui l'ont

1. Cass., 20 janv. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 134.
2. Cass., 27 nov. 1856, Bull. n. 375.
3. Cass., 2 oct. 1856, Bull. n. 326.
4. Cass., 18 mai 1815, J.P.12.735.

préparé et facilité, est une déclaration incomplète à laquelle manque un des éléments essentiels et constitutifs de la complicité ; que sans doute, les mots *avec connaissance* ne sont pas sacramentels et peuvent être suppléés par des équivalents ; mais, que si la question ne contient aucune indication pouvant impliquer que l'accusé a agi avec connaissance, et si sa participation avec connaissance ne résulte pas de la nature des faits, la déclaration ne pouvait motiver la condamnation prononcée [1]. »

1602. Les peines auquelles donnent lieu les circonstances aggravantes du viol et de l'attentat à la pudeur sont les peines des travaux forcés à temps, à l'égard de l'attentat commis sans violence sur la personne d'un enfant de moins de onze ans, et la peine des travaux forcés à perpétuité à l'égard de l'attentat à la pudeur avec violence, et du viol commis sur les personnes soit au-dessus, soit au-dessous de l'âge de quinze ans. Ainsi, cette dernière peine est indistinctement appliquée, soit que le crime, dépouillé de la circonstance aggravante, soit puni du *maximum* des travaux forcés à temps, du *minimum* de cette peine, ou même seulement de la réclusion. Cet étrange niveau d'une peine égale pour des crimes si différents ne peut être qu'une inadvertance du législateur : dès que, dégagés de cette circonstance, ces crimes n'avaient pas la même valeur, ils n'ont pu, par la seule adjonction d'un même fait, s'élever tout à coup à la même hauteur et présenter la même gravité.

1. Cass., 9 juin 1864, Bull. n. 149.

CHAPITRE LVIII.

DE L'ADULTÈRE.

(*Commentaire des art.* 336, 337, 338 *et* 339 *du Code pénal.*)

1603. Caractère général du délit d'adultère.
1604. Motifs de la modération des dispositions répressives de la loi.
1605. Division de cette matière.

§ Ier. — *Caractère du délit d'adultère.*

1606. Définition de l'adultère.
1607. Première condition du délit : commerce illicite.
1608. Deuxième condition : le mariage de l'un des coupables au moins.
1609. Troisième condition : la volonté coupable.

§ II. — *De l'exercice de l'action.*

1610. L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari.
1611. Quels sont les droits du mari dans l'exercice de cette action ? Il exerce les droits d'une partie civile privilégiée.
1612. Cette règle est confirmée par une première jurisprudence.
1613. Dissentiments des auteurs et des arrêts sur ce point.
1614. Il n'est pas nécessaire que le mari figure comme partie au procès.
1615. Effets de son pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'accusation.
1616. Effets de son appel contre un jugement d'acquittement.
1617. Appréciation de la jurisprudence qui attribue au mari le droit d'appel quant à la peine.
1618. Motifs qui maintiennent cette jurisprudence.
1619. Si le mari n'a dénoncé que la femme, le complice peut-il être mis en cause ?
1620. Effets du désistement du mari pendant la poursuite.
1621. Formes du désistement : peut-il être rétracté ? Conditions d'une poursuite nouvelle.
1622. Il profite au complice, s'il n'y a pas chose jugée à l'égard de la femme.
1623. Doit-il lui profiter si la femme a acquiescé au jugement de première instance, et que le pardon du mari intervienne après l'appel du complice ?
1624. La poursuite est-elle éteinte par le décès du mari ?
1625. État de la jurisprudence sur cette question.

1626. Le décès de la femme a-t-il pour effet d'éteindre la poursuite à l'égard du complice?
1627. Si les deux poursuites contre la femme et le complice sont indivisibles.
1628. Poursuite de l'adultère du mari par la femme.
1629. Restriction de cette poursuite au cas de l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale (art 339).
1630. La femme ne peut se désister de sa plainte.

§ III. — *Des fins de non-recevoir.*

1631. Quelles fins de non-recevoir peuvent être opposées par la femme.
1632. La violence et l'erreur sont des causes de justification.
1633. Exceptions résultant de la prescription de l'action et de la nullité du mariage.
1634. Exception résultant de l'adultère du mari.
1635. Restriction de cette exception à l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale. Que faut-il entendre par la maison conjugale ?
1636. La maison du mari est-elle encore la maison conjugale après la séparation de corps?
1637. Distinction de cette maison et des résidences momentanées du mari.
1638. Que faut-il entendre par l'entretien d'une concubine dans cette maison?
1639. L'exception doit être consacrée par jugement.
1640. A quel moment doit-elle être portée et jugée?
1641. Influence du jugement ordonnant la séparation de corps contre le mari ou la demande en séparation.
1642. La femme ne peut opposer d'autres sévices ou injures que le fait prévu par l'art. 339.
1643. Exception résultant de la réconciliation des époux.
1644. Quels faits peuvent prouver la réconciliation.
1645. Le silence du mari ne suffit pas, à moins qu'il n'y ait prescription.
1646. Le complice peut invoquer cette exception si la réconciliation intervient avant la condamnation.
1647. La connivence du mari à l'adultère de la femme ne constitue pas une fin de non-recevoir.
1648. Si l'adultère de la femme prend le caractère d'un autre délit, la nécessité de la plainte n'existe plus.
1649. La mauvaise conduite du mari peut-elle être une cause d'atténuation du délit?
1650. Quelles sont les fins de non-recevoir que le mari peut, de son côté, opposer à la poursuite de la femme?
1651. Peut-il opposer l'adultère de celle-ci?
1652. Peut-il opposer que sa concubine mariée ne peut être mise en cause sans la dénonciation de son mari?

§ IV. — *De la preuve de l'adultère.*

1653. L'adultère de la femme et du mari se prouve par tous les genres de preuve.
1654. Exception au droit commun relativement au prévenu de complicité de la femme. Preuve par lettres ou pièces écrites. Aveu tiré d'un interrogatoire signé.
1655. Preuve résultant du flagrant délit. Mode de constatation de ce flagrant délit.
1656. Jurisprudence conforme sur ce point.
1657. Faits constitutifs du flagrant délit.
1658. Quelles exceptions le complice surpris en flagrant délit peut opposer.

§ V. — *Des peines de l'adultère.*

1659. Peines des législations anciennes.
1660. Peines de la législation française avant 1791.
1661. Peines de la législation nouvelle.
1662. Si ces peines peuvent être modifiées par l'application de l'art. 463.
1663. De la cessation de la peine par le pardon du mari. Le complice ne profite pas de ce pardon.
1664. Des dommages-intérêts prononcés contre le complice.
1665. Des personnes qui ont aidé à l'accomplissement du délit peuvent-elles être poursuivies comme complices ?
1666. La concubine du mari peut-elle être poursuivie pour complicité du fait imputé au mari ?
1667. Les peines du délit peuvent-elles être appliquées si les faits ou quelques-uns des faits ont été commis en pays étranger ?

1603. Le Code pénal a placé l'adultère au nombre des attentats aux mœurs. Si la gravité d'une infraction se mesurait uniquement sur la gravité de ses résultats, l'adultère prendrait rang parmi les délits les plus funestes : non-seulement il porte atteinte à la sainteté du mariage et ébranle cette base de la société ; mais il détruit les affections de la famille, il brise la famille elle-même, il déprave et corrompt les mœurs, il allume les haines, soulève les vengeances, et devient l'une des causes les plus actives des crimes les plus odieux. Tou-

tefois le législateur, sans perdre de vue ces fatales conséquences, n'a pas dû faire abstraction d'un autre élément de tout délit, de toute peine, à savoir le degré d'immoralité que suppose l'adultère dans l'état actuel de nos mœurs ; il a dû, pour établir l'incrimination et graduer la peine, constater non-seulement la plaie incessante qu'il creuse dans le corps social, mais encore à quel degré la conscience générale le flétrit ou l'excuse, et si l'agent, qui subit l'influence des préjugés et des mœurs, ne puise pas dans ces mœurs elles-mêmes et dans ces préjugés une certaine atténuation de l'action qu'il a commise.

Telle est la pensée qui se trouve expliquée dans l'exposé des motifs du Code pénal : « Il est une infraction aux mœurs moins publique que la prostitution érigée en métier, mais presque aussi coupable ; si elle ne suppose pas des habitudes aussi dépravées, elle présente la violation de plus de devoirs : c'est l'adultère. Placé dans tous les Codes au nombre des plus graves attentats aux mœurs, à la honte de la morale, l'opinion semble excuser ce que la loi doit punir ; une espèce d'intérêt accompagne le coupable ; les railleries poursuivent la victime. Cette contradiction entre l'opinion et la loi a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. »

1604. Ces lignes, en motivant la mansuétude de la loi, semblent en exprimer une sorte de regret. On peut dès lors trouver étrange que le législateur, non-seulement ait poussé cette mansuétude jusqu'à ses dernières limites, mais encore ait environné la répression modérée qu'il poursuivait de formes multipliées qui la rendent presque inaccessible. Il semble qu'après avoir formulé le délit, il en ait redouté la poursuite ; il s'est contenté en quelque sorte d'édicter une haute leçon de morale, en flétrissant l'adultère, en y attachant la qualification de délit, mais il en a abandonné la répression à l'action capricieuse et arbitraire de l'opinion et des mœurs. Il est résulté de là que la répression de ce délit est devenue trop rare pour qu'elle pût exercer des effets sensibles sur la dépravation publique. Peut-être, sans déroger aux règles

salutaires qu'elle empruntait en cette matière aux législations qui l'ont précédée, la loi eût-elle pu élever le *maximum* de la peine, dégager dans certains cas l'action répressive de ses entraves, et faire peser sur les complices une plus grave responsabilité.

1605. Nous avons à examiner ici, non-seulement les caractères de ce délit, mais encore les règles spéciales qui en régissent la poursuite, car ces règles de procedure ont été formulées par le Code pénal. Nous diviserons, en conséquence, cette matière en cinq paragraphes dans lesquels seront successivement examinés : 1° les caractères du délit ; 2° les règles relatives à l'exercice de l'action ; 3° les fins de non-recevoir ; 4° les preuves ; 5° les dispositions pénales.

§ Ier. — *Caractères du délit d'adultère.*

1606. Le Code n'a point défini l'adultère ; mais ce mot porte en lui-même sa propre signification, et son étymologie seule en explique le sens : *adulterium ad alterum thorum vel uterum accessio*. L'adultère est la profanation du lit nuptial, la violation de la foi conjugale consommée corporellement : *alieni thori violatio* [1].

Trois circonstances sont nécessaires pour constituer le délit d'adultère : l'*union* consommée des sexes, le *mariage* de l'un des agents, le *dol* ou la volonté coupable de la part de la personne mariée.

1607. La consommation du commerce illicite est la condition essentielle du fait. Tant que l'immoralité des désirs ne s'est point manifestée par des actes, tant que la pensée est seule encore adultère, l'impuissance de la loi est une raison suffisante de son inaction. Mais ce n'est point encore assez, pour motiver une action répressive, que cette pensée se révèle par des actes même licencieux, par des familiarités même intimes : comment de tels actes, s'ils ne sont pas la consommation même de l'adultère, pourraient-ils devenir la

1. Farinacius, quæst. 141, num. 1.

base d'une poursuite? comment en obtenir la preuve? comment constater l'intention plus ou moins coupable de leurs auteurs? Dans quel vaste champ de présomptions et d'enquêtes le juge irait-il s'égarer? Et puis, ces actes, quels qu'ils soient, n'ont point les mêmes conséquences que la consommation de l'adultère; la femme, un moment égarée, peut se relever encore ; le lit nuptial n'est point souillé : ne serait-il pas imprudent d'assimiler de légères infidélités à l'oubli complet de ses devoirs, et le caprice d'un instant à la violation consommée de sa foi? Tels sont les motifs qui ont porté la loi pénale à ne punir que le fait même de l'adultère : la simple tentative de ce délit n'a point été assimilée au délit lui-même.

Ce principe était le même sous l'ancien droit. « Toute habitude ou familiarité, dit Fournel, qui ne tendrait pas à la satisfaction des sens, serait incapable de produire un adultère. Les privautés obscènes ne constituent pas même l'adultère, qui exige essentiellement la consommation de l'œuvre, *ita ut demùm unum sit et sese commisceant*[1]. » A la vérité, des poursuites étaient exercées, des condamnations prononcées dans des circonstances où les coupables n'avaient point été surpris dans cette intime union, où l'on ne constatait que des actes obscènes et licencieux; mais ces actes étaient alors considérés comme des présomptions de la consommation du délit, et les anciens jurisconsultes avaient même pris le soin de définir la force probante qui devait être donnée à chacun d'eux[2]. Toutefois l'adultère nous paraîtrait consommé, contrairement à l'opinion de quelques auteurs, lorsque *reperiuntur solus et sola, nudus et nuda in eodem lecto ;* autrement toute preuve de ce fait deviendrait impossible.

Une autre conséquence du même principe est que le délit n'est constitué ni par les actes impudiques qu'une femme se permet sur elle-même, ni par les familiarités criminelles qui peuvent avoir lieu entre personnes du même sexe. L'adultère

1. Traité de l'adultère, p. 5; Papin, Resp., tit. 26.

2 Fournel, p. 166.

suppose nécessairement un complice, et la différence du sexe entre l'agent et son complice est également essentielle à son existence.

1608. Le deuxième élément du délit est le mariage des coupables, ou du moins de l'un d'eux. Le commerce illicite ne devient criminel qu'à raison de ce mariage même, parce que la personne mariée, dit Fournel, appartient à un seul, ce qui fait de l'adultère une espèce de larcin [1]. Le droit canonique distinguait l'adultère commis entre une femme mariée et un homme libre, et celui qui se commet entre deux personnes mariées, *inter uxoratos* ; ce dernier était appelé adultère double. Le Code pénal, conforme sur ce point à l'ancien droit civil, n'a fait aucune distinction entre ces deux faits.

Il résulte de cette deuxième règle, que le délit n'existe pas lorsque le commerce illicite a été commis soit avant la célébration du mariage, soit après sa dissolution.

Des doutes s'étaient élevés, dans le premier cas, dans notre ancienne jurisprudence : la loi romaine admettait contre la fiancée l'accusation d'adultère, parce que *neque matrimonium qualecumque nec speciem matrimonii violare permittitur* [2] ; l'ancienne loi des Juifs offrait la même décision [3]. Cette jurisprudence fut longtemps observée en France, à l'égard des parties qui avaient été fiancées par paroles ou présents, parce que cette espèce de fiançailles était regardée comme un vrai mariage [4] ; mais depuis le concile de Trente et l'ordonnance de Blois, ces fiançailles cessèrent d'avoir lieu, et la jurisprudence n'admit plus l'adultère avant la célébration du mariage. L'action ne pourrait être exercée, lors même que, par suite des désordres antérieurs de la femme, les effets s'en manifesteraient pendant le mariage, par exemple,

1. Fournel, p. 5.

2. L. 7, Cod. de adult.; l. 13, § 3, Dig. ad leg. Jul. de adult. Dans la loi 11, § 7, Papinien semble créer plutôt pour ce cas une espèce d'action particulière.

3. Deutér., 22 et 23.

4. Fournel, p. 8.

par des couches qui suivraient de près la célébration, parce que le commerce illicite ayant été commis dans un temps où la femme était libre, elle n'a pu se rendre coupable d'adultère. La même décision doit être étendue au cas où le mariage ne serait pas valable, par exemple, s'il a été contracté par un homme déjà engagé dans les liens d'une première union ; dans ce cas, la femme accusée adultère par son mari serait fondée à lui opposer la nullité du mariage résultant de son état de bigamie, et il y aurait nécessairement lieu, avant de statuer sur la plainte en adultère, de prononcer sur la validité de l'exception, puisque le délit se trouverait subordonné à son existence.

Il en est encore ainsi dès que le mariage est légalement dissous. Ainsi la femme ne se rendait plus coupable d'adultère après la condamnation de son mari à une peine entraînant la mort civile, et la grâce dont celui-ci était l'objet ne lui donnait pas le droit de porter plainte, parce que la grâce ne fait point cesser les incapacités encourues, et que le mariage s'était trouvé dissous au moment où la condamnation était devenue définitive.

1609. Le troisième élément du délit est le dol, c'est-à-dire la volonté coupable: *sine dolo malo adulterium non committitur*[1]. Ainsi la violence exercée sur la femme, ou l'erreur de la femme, quand elles sont constatées, sont des faits justificatifs qui donnent lieu de repousser la plainte. Nous examinerons plus loin ces excuses, en énumérant les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à l'action; il suffit de poser ici, comme une règle de la matière, que, pour l'existence du délit, il faut que la volonté de la femme ait été complice du fait de stupre ; ce fait, du reste, fait présumer la volonté, et la méprise ou la force n'est qu'une exception qu'elle doit prouver.

Telles sont donc les trois circonstances constitutives de l'adultère : le fait de la conjonction charnelle, le mariage des agents ou de l'un d'eux, la volonté coupable. Chacun de

1. Gaïus, l. 43, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis; Farinacius, quæst. 141, num. 100.

ces éléments est également essentiel à l'existence du délit. L'absence d'un seul ne laisserait plus subsister qu'une tentative du délit que la loi n'a pas punie, ou qu'un fait immoral qui ne rentrerait dans ses termes que pour constituer un délit différent. Après avoir ainsi caractérisé le délit d'adultère, nous allons examiner les règles qui dominent sa poursuite.

§ II. — *De l'exercice de l'action.*

1610. L'adultère peut être commis soit par la femme, soit par le mari. La loi a tracé pour l'un et l'autre cas des règles différentes de poursuite.

Sous l'ancien droit romain, la plainte en adultère contre la femme n'appartenait qu'au mari. La loi *Julia de adulteriis* déclara l'adultère crime public; on distingua dès lors trois sortes d'accusations, suivant qu'elles étaient portées par le mari, par la famille, par les étrangers, *jure mariti, parentum et extraneorum* [1]. Le droit des étrangers fut plus tard aboli par Constantin, *extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus* [2]; les parents et le mari demeurèrent seuls recevables à intenter l'accusation. Notre ancien droit, plus rigoureux encore, resserra ce pouvoir dans les seules mains du mari : l'adultère fut considéré comme un délit privé dont la vengeance lui était exclusivement réservée, et l'on établit la maxime : *Maritus genitalis thori solus vindex.*

Le Code pénal, sans adopter toutes les conséquences de cette règle, porte également dans son art. 336 : « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari. » La raison de cette exception au droit commun est qu'une poursuite d'office aurait pour effet, en livrant à la publicité le fait de l'adultère, d'ébranler et de dissoudre des liens que le vœu de la loi est de maintenir indissolubles. L'intérêt de la famille

1. L. 2, § 8 et 9, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis; l. 30, C. ad leg. Jul. de adulter.

2. Probatam enim a marito uxorem et acquiescens matrimonium non debet quis turbare atque inquietare. L. 26, Dig. ad legem Juliam de adulteriis.

arrête l'action publique. Si le délit n'est pas prouvé pour le mari, il ne l'est pour personne ; s'il consent à pardonner à sa femme, la société n'a plus d'intérêt à la déclarer coupable. Le silence du mari équivaut à la preuve légale que le délit n'a point été commis[1].

1611. Mais faut-il induire de cette règle exceptionnelle que le delit d'adultère doive être considéré comme une sorte de délit privé contre le mari, et que les principes du droit commun soient en tous points inapplicables à l'action de celui-ci ? Les rédacteurs du Code pénal ont paru admettre cette conséquence, lorsqu'ils ont dit dans l'exposé des motifs : « Sans doute, ce délit porte atteinte à la sainteté du mariage que la loi doit protéger et garantir ; mais, sous tout autre rapport, l'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux, qu'il blesse dans son amour-propre, sa propriété, son amour. » Cette assertion trop absolue pourrait induire en erreur.

Le mari, sans doute, est blessé plus que personne par le fait de l'adultère, mais il en est de même de tous les délits qui, tout en causant par leur perpétration une lésion plus ou moins profonde aux intérêts généraux de la société, lésent plus spécialement les intérêts. La loi n'établit point de peines en faveur du mari, mais en faveur de la société. Ce n'est pas parce que l'adultère outrage l'époux dans ses affections et son honneur qu'elle l'érige en délit, c'est parce que l'adultère est un mal moral, la violation d'un devoir ; c'est parce qu'il brise des droits qu'elle a consacrés, qui sont l'une des bases de l'ordre social et qu'elle doit protéger ; c'est surtout parce que l'immoralité et le désordre qu'il jette au sein de la société, quand il devient public, appellent une répression qui n'est alors que la juste sanction de la morale publique.

Cependant les intérêts de la famille, la crainte de porter le trouble dans le foyer domestique, la difficulté des preuves, ont conduit le législateur à mettre quelques restrictions à la

1. V. sur cette règle le plaidoyer de l'avocat Gilbert, 23 janv. 1734 ; Nouv. Denisart., t. 1er, p. 268.

poursuite de ce délit : l'action publique ne peut s'exercer sans la dénonciation du mari, et, par suite, le désistement de celui-ci suspend le cours de cette action ; enfin, en reprenant sa femme il arrête les effets de la condamnation. Mais ces dispositions spéciales ne touchent que le mode de la poursuite et de l'exécution de la peine ; elles n'altèrent en aucune manière la nature du délit, dont la répression est poursuivie au nom de la société et dans son seul intérêt. Dans l'ancien droit il n'en était point ainsi : le mari ne se bornait pas à dénoncer le délit, il était accusateur, il était seul investi de l'action publique dans la poursuite de l'adultère, il concluait contre sa femme aux peines prononcées par la loi. Les jurisconsultes étaient donc fondés à ranger ce délit dans la classe des délits privés. Aujourd'hui, le mari n'a d'autre pouvoir que de mettre en mouvement ou d'arrêter l'action publique, mais il n'exerce pas cette action ; ses prérogatives sont plus étendues que celles d'une partie civile ordinaire, mais il ne peut avoir d'autre caractère que celui d'une partie civile ; il peut conclure à la séparation de corps ou à des dommages-intérêts contre le complice, mais les peines ne sont appliquées que sur les réquisitions du ministère public. Enfin notre législation ne reconnaît plus de délits privés proprement dits ; elle subordonne dans certains cas, à raison de la lésion qui en résulterait pour la partie offensée elle-même, la poursuite à son propre consentement ; mais cette poursuite alors même n'est point exercée dans l'intérêt d'une vengeance privée, et son exercice est remis entre les mains des magistrats pour qu'elle ait le caractère d'impartialité de la loi dont ils sont les organes.

1612. Ce principe a été formellement reconnu par M. Merlin : « Faisons bien attention, a dit ce magistrat, au texte de l'article 336 du Code pénal. La loi ne dit pas que le mari soit seul recevable à *poursuivre comme partie* l'adultère de la femme ; elle veut qu'il soit seul admis à le *dénoncer*. Et qu'entend-elle par là ? qu'à la vérité le principe de l'action à laquelle donne lieu l'adultère de la femme, réside exclusivement dans la personne du mari, et que ce n'est que de lui qu'elle peut émaner, mais qu'il n'est pas nécessaire qu'elle

soit exercée par lui ; qu'il suffit qu'il la mette en mouvement par une dénonciation, et qu'alors elle rentre naturellement dans les attributions du ministère public [1]. » M. Mangin a complétement adopté cette opinion : « Quelque étendues, dit cet auteur, que soient les prérogatives que la loi accorde à l'époux, il ne faut pas en conclure cependant qu'il est investi de l'action publique à l'égard de sa femme et de son complice. Cette action ne sort pas des mains du magistrat pour passer dans les siennes. Le mari n'est toujours qu'une partie plaignante ; partie privilégiée sans doute, puisque sans lui la poursuite n'aurait pas été exercée, puisqu'il peut en arrêter le cours, qu'il peut même anéantir les effets des condamnations qu'il a provoquées ; mais, à part ces exceptions, il n'est qu'un plaignant ; et c'est toujours au nom de la société que la poursuite est dirigée [2]. » Enfin la Cour de cassation a décidé, dans une espèce où le mari, après avoir porté plainte, avait, à raison du même fait d'adultère, formé une demande en séparation : « que l'action publique pour la poursuite des délits et l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ; que si l'article 336 du Code pénal a réservé au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme, et si, à l'égard de ce délit, cette dénonciation doit précéder les poursuites du ministère public, aucune loi n'a chargé le mari des poursuites, qui sont demeurées à la charge des fonctionnaires publics auxquels l'action publique est confiée ; que dès que le plaignant a dénoncé sa femme pour adultère, le procureur du roi qui a reçu cette dénonciation a été autorisé à poursuivre la répression de ce délit devant le tribunal correctionnel compétent, tant contre la femme que contre son complice ; que l'action du ministère public n'a pu être anéantie ni même suspendue par la demande en séparation de corps portée par le plaignant devant le tribunal civil [3]. »

1. Quest. de droit, v° Adultère, § 3, t. 1er, p. 157.
2. Traité de l'action publique, n. 140.
3. Cass., 22 août 1816, Bull. p. 127; Devill. et Car., 5, p. 325.

1613. Ce principe a été contesté par quelques auteurs et par quelques arrêts. Les uns n'ont voulu reconnaître au mari que les droits d'une partie civile ordinaire et lui ont dénié même la faculté du désistement [1]; les autres l'ont investi au contraire de toutes les prérogatives du ministère public et lui ont attribué l'action publique tout entière [2]. La jurisprudence a eu également deux phases distinctes : elle avait d'abord soutenu le premier de ces deux systèmes ; mais, après avoir modifié cette doctrine par un arrêt du 3 septembre 1831 [3], elle a sans cesse incliné vers le second, et dans quelques arrêts qui sont indiqués plus loin, elle a semblé en adopter de plus en plus le principe. Nous persistons à croire que la première doctrine était préférable : « les peines du délit, nous l'avons déjà dit ailleurs, ne sont point établies dans un intérêt de vengeance et au profit du mari, mais dans un intérêt de justice et au profit de la société ; si l'adultère est un délit, ce n'est pas parce qu'il blesse les droits du mari, c'est parce qu'il contient la violation du devoir et que cette infraction jette le trouble dans les rapports qui constituent l'ordre social. Il ne peut donc appartenir qu'au ministère public d'en poursuivre le jugement et d'en requérir le châtiment [4]. »

1614. De ce principe découlent plusieurs corollaires.

Le premier est qu'il n'est pas nécessaire que le mari figure comme partie au procès. La loi se borne à demander sa dénonciation ; elle n'exige point son concours. La poursuite demeure à la charge des fonctionnaires auxquels l'action publique est confiée. La Cour de cassation a formellement reconnu ce point, en annulant un jugement qui avait soumis l'action du ministère public au concours de la poursuite personnelle du mari [5]. Elle a jugé encore « que le mari peut s'abstenir de

1. M. Favard de Langlade, Rép. v° Min. publ., t. 3, p. 572.
2. Carnot, Comment. du Code pénal sur l'art. 336, n. 1.
3. Cass., 3 sep. 1831, J.P. 24.233.
4. V. notre Traité de l'instr. crim., t. 2, n. 762.
5. Cass., 22 août 1816, Bull. p. 127; Devil. et Car., 5, p. 235.

poursuivre ; que l'action publique reste aux mains du magistrat qui l'exerce librement dès que la plainte est portée et n'a besoin, dans tout le cours de la poursuite, ni d'autorisation nouvelle, ni d'assistance du mari; que le silence de ce dernier sur les actes de la procédure correctionnelle et son abstention d'y prendre part ne font aucunement présumer la rétractation de sa plainte[1]. » Elle a jugé enfin que le mari peut, en cas d'absence, se faire représenter par un mandataire, « attendu que toute personne lésée par un délit peut en poursuivre la répression elle-même ou par un fondé de pouvoir ; qu'il n'est pas dérogé à ce principe en matière d'adultère par aucune disposition de la loi; qu'aucun motif d'ordre public ne s'oppose à ce que le mari, poursuivant l'adultère dont sa femme s'est rendue coupable, se fasse représenter en cas d'absence par un mandataire[2]. »

1615. Une autre conséquence est que le recours exercé par le mari, quand il s'est porté partie civile, a les mêmes effets que lorsqu'il est exercé par une partie civile ordinaire ; ce recours ne peut par conséquent conserver l'action publique et empêcher qu'elle ne s'éteigne, lorsque le ministère public ne s'est pas lui-même pourvu. La Cour de cassation n'a fait qu'appliquer cette règle en décidant que le pourvoi du mari contre un arrêt de la chambre d'accusation qui déclare qu'il n'y a lieu à suivre sur la plainte en adultère, n'est pas recevable lorsque le ministère public ne s'est pas pourvu. Les motifs de cet arrêt sont : « que les règles du Code d'instruction criminelle n'admettent point d'exception dans le cas où il s'agit d'un délit d'adultère...; que les restrictions apportées aux droits du ministère public, dans l'intérêt de la paix et de l'honneur des familles, n'investissent nullement le mari de l'exercice de l'action publique ; qu'elles ne lui attribuent point la poursuite du délit d'adultère ; que cette poursuite reste toujours confiée aux fonctionnaires du ministère public,

1. Cass., 31 août 1855, Bull. n. 308 ; et conf. 25 août 1848, Bull. n. 227.

2. Cass., 23 nov. 1855, Bull. n. 368.

qui doivent l'exercer sous l'empire des règles qui gouvernent les matières pénales [1]. » Cet arrêt, qui confirme nos précédentes observations, est en contradiction avec les décisions qui vont suivre ; car comment admettre que le mari n'est qu'une simple partie civile quand il se pourvoit contre l'arrêt de la chambre d'accusation, et devient plus qu'une partie civile lorsqu'il appelle du jugement de première instance ; que, dans le premier cas, les effets de son recours sont limités à ses intérêts civils, et, dans l'autre, s'étendent à l'action publique même ? S'il ne peut relever cette action après l'arrêt de la chambre d'accusation, lorsqu'aucun texte précis ne le lui interdit, comment le pourrait-il après le jugement correctionnel, lorsque l'article 202 s'y oppose formellement ? Cette décision, en révélant les hésitations de la jurisprudence, ne fait qu'apporter un nouveau poids à la doctrine que nous avons exposée.

1616. Ainsi, dans une hypothèse parfaitement analogue, il a été jugé, contrairement à cette doctrine, que lorsque le tribunal correctionnel a prononcé l'acquittement de la femme, l'appel du mari seul, sans le concours de l'appel du ministère public, autorise le juge d'appel à infliger des peines à la prévenue. Les motifs de cette décision sont : « que d'après l'article 336, l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari ; que, d'après l'article 337, le mari est le maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre la femme adultère, en consentant à la reprendre ; que, selon l'article 308 du Code civil, les tribunaux civils, devant lesquels le ministère public ne peut agir par voie d'action, doivent, sur sa simple réquisition, en prononçant la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, prononcer en même temps contre elle la peine correctionnelle de ce délit ; que de la combinaison de ces dispositions qui dérogent si essentiellement aux règles ordinaires sur l'exercice de l'action publique, on doit conclure que le mari a le droit de poursuivre la réparation de l'outrage fait par l'adultère à la sainteté du mariage ; que ce

1. Cass., 26 juill. 1828, Bull. p. 672.

droit lui appartient en vertu de l'autorité maritale même; qu'il peut en suivre l'effet dans tous les degrés de juridiction et jusqu'au jugement définitif; que son appel, qui suffirait seul devant la juridiction civile pour mettre le procureur général en état de requérir, et la Cour, en état de prononcer la peine de l'adultère, doit avoir le même effet devant la juridiction correctionnelle nonobstant la disposition de l'art. 203, n° 2, du Code d'instruction criminelle, qui est inapplicable dans ce cas[1]. »

1617. Cette jurisprudence est une dérogation au principe que nous avons soutenu. Nous ne rappellerons pas que les privilèges dont jouit le mari, étant autant d'exceptions au droit commun, doivent se resserrer dans les limites que la loi leur a fixées, et que nulle disposition de la loi ne lui confère le droit de faire appel *à minimâ* d'un jugement correctionnel dans l'intérêt de la répression du délit, c'est-à-dire dans un intérêt public. Cette faculté serait-elle une conséquence de son droit de dénonciation? Mais le droit de dénonciation et celui d'action pour l'application des peines dérivent de deux sources différentes. Le premier, c'est l'application, étendue à la vérité, du droit de porter plainte; mais, quelle que soit l'extension donnée à ce droit, on ne peut, sans une confusion évidente, lui attribuer l'action publique elle-même. L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires à qui elle est confiée par la loi. Mais l'argument qui paraît avoir déterminé l'arrêt est celui qu'il a tiré de l'art. 308 du Code civil : devant les tribunaux civils, le mari seul appelle du jugement de première instance, et, sur cet appel, les peines de l'adultère peuvent être prononcées par la Cour d'appel. Il faut répondre que les art. 298 et 308 du Code civil ont formellement exprimé que c'est *sur la réquisition du ministère public* que la femme contre laquelle le divorce ou la séparation de corps est prononcé pour cause d'adultère, doit être condamnée à la réclusion

1. Conf. Cass., 19 oct. 1837, Devill. et Car., 1837.1.1029; et 3 mai 1850, Bull. n. 151. — * * V. en sens contraire Agen, 8 juillet 1885; S.86. 2.32.

dans une maison de correction. En faisant cette réquisition, le ministère public ne serait-il que *partie jointe?* Il faut distinguer l'instance en séparation de corps et l'action pour l'application de la peine. Dès qu'il requiert l'application d'une peine, le ministère public devient partie principale en ce qui concerne la répression du délit qu'il poursuit. Ensuite si, devant la juridiction civile, l'appel du mari suffit pour autoriser le ministère public à requérir l'application de la peine devant la Cour, on ne saurait étendre cette disposition à la juridiction correctionnelle. En effet, en matière civile, le droit de réquisition du ministère public naît de l'instance en séparation de corps; tant que l'instance subsiste, ce droit peut être exercé, et par conséquent il importe peu qu'il le soit en première instance ou en appel ; l'action facultative du ministère public est purement accessoire à cette instance que dirige seul le mari; il ne fait que la suivre, la surveiller, et il prend ses réquisitions dans l'intérêt de la morale publique, quand le délit d'adultère résulte des débats de l'audience. Devant la juridiction correctionnelle, le mari dénonce et ne poursuit pas : la poursuite émane du ministère public. Cette poursuite a pour objet l'application de la peine ; elle est principale et indépendante de tout intérêt privé ; elle s'éteint donc dès que le magistrat qui en est dépositaire garde le silence après le jugement qui l'a repoussée. Le mari peut appeler sans doute, mais quant à ses intérêts civils seulement, et cette instance civile ne peut faire renaître le droit du ministère public de requérir l'application d'une peine, parce qu'il y a chose jugée sur cette application. Nous pensons donc que la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point est contraire aux règles de la matière.

1618. Mais cette jurisprudence s'est continuée, et par conséquent doit, jusqu'à ce qu'elle se modifie, servir de règle à la pratique. Aux motifs qui ont été énoncés plus haut, nous pourrions ajouter quelques considérations que nous avons fait valoir ailleurs[1]. Mais ces considérations, puisées uniquement dans l'application des règles du droit, n'ont pas paru

1. V. notre Traité de l'inst. crim., n. 762.

suffisantes à la Cour de cassation. Il lui a paru que la question ne devait pas être strictement renfermée dans ces règles; qu'il fallait, comme l'avait fait le législateur, apprécier le caractère et les privilèges du pouvoir marital; qu'il semblait contradictoire de faire dépendre l'appel, en ce qui concerne la peine, de la seule volonté du ministère public, quand le mari était investi du droit d'exercer la poursuite et du droit de la faire cesser; que la conséquence de ces deux privilèges devait être une participation à l'action publique, en ce sens que sa plainte en saisit le juge d'appel comme le juge de première instance; que cette exception au principe qui limite les effets de la plainte n'est que le corollaire de l'exception écrite dans l'art. 337; qu'elle est commandée par l'intérêt de la famille, dont le mari est le juge. Ce sont surtout ces considérations morales dont nous ne contestons pas la gravité, qui ont maintenu la jurisprudence dans la nouvelle voie qu'elle a suivie.

1619. Il résulte de ce qui précède que si, en principe, le mari n'exerce point l'action publique dans la poursuite du délit d'adultère, que s'il n'a d'autre caractère que celui d'une partie civile, ses droits sont cependant plus étendus : l'un de ses privilèges consiste en ce que l'adultère de la femme ne peut être poursuivi que sur sa dénonciation.

Une conséquence nécessaire de ce premier privilège est que le complice ne peut être poursuivi qu'autant que le mari a porté plainte contre sa femme; car l'effet de la poursuite serait le même, soit qu'elle fût dirigée contre le complice, soit contre la femme: accuser celui-là, ce serait indirectement attaquer celle-ci.

Mais si, dans sa plainte, le mari n'a désigné que sa femme, le ministère public peut-il poursuivre d'office le complice? M. Carnot répond négativement, parce que le mari, qui peut ne pas rendre plainte, peut, à plus forte raison, ne la faire porter que contre sa femme [1]. Nous ne sommes pas de cet avis. Le mari peut sans doute garder le silence, et l'intérêt du maintien de la paix domestique enchaîne, dans ce cas,

1. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 109.

l'action publique ; mais, dès qu'il a porté plainte, cette action reprend son libre cours et ne saurait être scindée ; il suffit que le ministère public soit régulièrement saisi de la poursuite, pour qu'il doive y comprendre tous les complices du délit dénoncé. Il est d'ailleurs dans l'esprit de la loi que le complice suive le sort de la femme dans tout le cours des poursuites, et dès que l'action répressive est exercée contre celle-ci, il n'existe plus aucune raison d'épargner son complice. La jurisprudence de la Cour de cassation a sanctionné cette opinion [1].

1620. Le mari qui a dénoncé l'adultère de sa femme peut-il se désister de sa plainte, et ce désistement a-t-il l'effet d'arrêter la poursuite ? Cette question a été résolue négativement par M. Favard de Langlade. « Quand l'action du ministère public, dit cet auteur, a été mise en mouvement par la plainte du mari, elle cesse d'être enchaînée, elle ne peut être subordonnée à la volonté, au caprice du mari. Dès que la plainte a été portée devant le magistrat, la société doit être satisfaite, et elle ne peut l'être que par le jugement définitif de la plainte en adultère. Le mari pourra ensuite pardonner à sa coupable épouse [2]. » Cette opinion a été puisée dans les motifs d'un arrêt que nous avons déjà cité, et qui déclare en effet : « que l'action du ministère public ne peut être anéantie, ni même suspendue, par la demande en séparation de corps portée par le mari devant le tribunal civil ; que si la loi autorise la partie lésée à intenter l'action civile qui lui compète, séparément de l'action publique, devant les tribunaux civils, elle ne lui donne pas le droit d'arrêter ou de suspendre l'action publique [3]. » On doit remarquer, d'abord, que cet arrêt n'avait point à juger ce point : il s'agissait seulement, dans son espèce, de savoir si une demande en séparation de corps avait pu avoir l'effet de révoquer une dénonciation ; dès lors, la doctrine, inutilement émise dans ses motifs, ne peut avoir la même autorité. Cette doctrine a été, d'ailleurs, rétractée depuis

1. Cass., 17 janv. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 159.
2. Répert. de la nouv. législ., t. 3, p. 572, v° Ministère public.
3. Cass., 22 août 1816, Bull. p. 127.

par la Cour de cassation, qui a décidé formellement: « que l'action du ministère public cesse d'avoir un caractère légal, lorsque, pendant les poursuites, le mari retire la dénonciation par une déclaration formelle [1]. »

Cette règle ne saurait être sérieusement contestée. Elle dérive évidemment sinon du texte, au moins de l'esprit de la loi. En effet, la loi, en subordonnant la poursuite à la dénonciation du mari, a voulu qu'il pût sans cesse pardonner à sa femme, et que l'exercice de l'action publique ne fût jamais un obstacle à la réconciliation des époux. Il serait contradictoire de continuer les poursuites malgré la volonté du mari, lorsque son assentiment est nécessaire pour les commencer; la société a plus d'intérêt à la réunion des époux qu'à la punition d'un délit qui ne laisse jamais de traces qui le rendent certain et manifeste pour le public; et il importe aux bonnes mœurs elles-mêmes qu'un fait qui blesse la sainteté du mariage ne devienne pas, par une instruction devant les tribunaux, un scandale public, et n'acquière pas par des jugements une certitude judiciaire. Telle est, d'ailleurs, la puissance domestique du mari, que non-seulement il a seul le droit de se plaindre, mais qu'il peut encore, après la condamnation prononcée et en consentant à la reprendre, soustraire sa femme à la peine dont les tribunaux l'ont frappée; or, si le mari peut exercer un tel pouvoir après que sa femme a été condamnée, à plus forte raison le peut-il avant cette condamnation; il peut donc, en se désistant de la plainte qu'il a portée, arrêter la poursuite [2]. Cette décision est, du reste,

1. Cass., 7 août 1823, Bull. p. 322. — ** *Adde*. Cass., 30 juill. 1885; Bull. n. 233. — Et cette solution doit être maintenue, lors même que le mari, en se désistant de sa plainte, se serait réservé de poursuivre le divorce contre sa femme (Cass., 24 juill. 1886; Bull. n. 277).

2. ** Il faut noter toutefois que, d'après la Cour suprême, « le mari en se désistant de sa plainte, n'est nullement soumis à l'obligation de reprendre sa femme; que cette obligation ne lui est imposée que dans le cas où, conformément au § 2 de l'art. 337 C. pén., il veut user d'un droit de grâce que la loi lui accorde et arrêter les effets d'une condamnation prononcée contre sa femme » (Cass., 30 juill. 1885; Bull. n. 233). — *Adde* Cass., 24 juill. 1886; Bull. n. 277. — V. en sens contraire, Nancy, 7 mai 1885; S.85.2.105.

conforme à notre ancienne jurisprudence : « En France, dit Fournel, il est permis au mari de transiger avec sa femme sur le fait de l'adultère, et de remettre le crime, soit avant, *soit après l'accusation intentée*, et une pareille transaction opère contre le mari ou ses héritiers une fin de non-recevoir insurmontable [1]. » En droit romain même, la maxime *De crimine adulterii pacisci non licet* [2], ne s'appliquait qu'aux pactes à prix d'argent ; la loi ne s'opposait point à ce que le mari, usant d'indulgence envers les coupables, remît l'accusation : *Quod si patiatur uxorem delinquere, non ob quæstum, sed negligentiam, vel culpam, vel quamdam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur* [3].

1621. Le désistement ne résulte pas seulement d'un acte formel, on peut le retrouver aussi dans les faits de réconciliation postérieurs à la plainte. Nous nous occuperons de cette fin de non-recevoir dans le paragraphe suivant.

Mais une question grave se présente ici : ce désistement peut-il être rétracté ? Le mari peut-il reprendre la poursuite qu'il avait abandonnée ? La loi romaine décidait négativement cette question : *ei qui jure viri delatum adulterium non peregit, nunquam postea hoc crimen permittitur* [4] ; et cette solution, que notre ancienne jurisprudence avait adoptée [5], devrait encore être suivie. Le désistement en matière d'adultère éteint l'action ; il crée une fin de non-recevoir en faveur des prévenus ; il équivaut à la preuve légale que l'adultère n'a point été commis ; il a la même force que l'ordonnance qui déclarerait qu'il n'y a lieu à suivre. Il y a droit acquis aux parties, et il ne peut dépendre de la seule volonté du mari de le détruire. Mais il n'en serait plus ainsi, si des faits nouveaux, postérieurs au désistement, venaient appuyer

1. Traité de l'adult., p. 74.
2. L. 18, C. de transact. ; l. de crimine, C. ad legem Juliam de Adulteriis.
3. L. 29, § 2, Dig. ad leg. Jul. de adulter.
4. L. 16, Cod. ad leg. Jul. de adulteriis.
5. Jousse, t. 3, p. 243.

la rétractation ; et telle était aussi la distinction faite dans l'ancienne jurisprudence : « Le mari, quand il s'est une fois désisté de son action, dit Jousse, ne peut plus l'intenter de nouveau, ce qui doit s'entendre néanmoins par rapport au fait d'adultère dont il s'est désisté ; car il n'est pas privé de l'intenter pour un autre fait d'adultère postérieur [1]. » Mais, dans ce cas, ce sont les faits nouveaux qui fondent la nouvelle plainte, car ce sont ces faits qui peuvent seuls avoir l'effet de ranimer une action éteinte. Toutefois, nous ne prétendons pas que cette seconde action doive être limitée aux faits nouveaux. Ces faits doivent être assimilés aux charges nouvelles qui, suivant l'art. 247 du Code d'instruction criminelle, font tomber l'autorité de l'ordonnance ou de l'arrêt de non-lieu, lorsqu'elles ont pour effet de fortifier les premières charges et d'apporter de nouvelles preuves à l'appui de la prévention. Les faits nouveaux font donc revivre les anciens. Le désistement, fondé sur une prévention incomplète, s'efface, et la nouvelle poursuite embrasse l'une et l'autre plainte. Telle est aussi la décision consacrée par l'article 273 du Code civil, en matière de séparation de corps. Cet article dispose, en effet, que l'époux demandeur « pourra intenter une nouvelle action pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer la nouvelle demande ». C'est par une conséquence de cette règle qu'il a encore été jugé, « que le délit d'adultère peut se composer de faits successifs ; que la Cour d'appel, saisie de la plainte en adultère, peut donc comprendre dans les éléments de sa décision un fait dont l'existence ne s'est révélée que postérieurement aux débats de première instance, et qui conséquemment n'a pu être soumis à l'appréciation des premiers juges [2].

1622. Le désistement du mari pendant l'instance profite ou ne profite pas au complice, suivant qu'il y a ou non chose jugée à l'égard de la femme. Ainsi, dans le cours de la poursuite, et tant qu'un jugement définitif n'est pas intervenu, le

1. Eod. loc.

2. Cass., 24 mai 1851, Bull. n. 192.

désistement profite au complice, parce que ce désistement doit alors être recueilli comme une preuve légale de l'innocence de la femme. Telle est aussi la décision d'un arrêt de la Cour de cassation, portant : « que l'adultère est un délit dont les coaccusés sont réciproquement complices l'un de l'autre ; que la réconciliation du mari avec la femme, en abolissant les poursuites, équivaut à la preuve légale que l'adultère n'a point été commis, et, par une conséquence nécessaire, qu'il n'existe point de coupables de ce délit [1]. »

Mais si le désistement n'intervient qu'après qu'un jugement devenu définitif a condamné la femme, le droit de grâce, dont le mari est investi à l'égard de celle-ci, ne lui appartient plus vis-à-vis de son complice. L'intérêt de la famille a fait admettre ce droit du mari de pardonner à sa femme ; mais cet intérêt n'exigeait pas qu'il fût étendu au complice. Le droit commun conserve donc son empire à l'égard de celui-ci.

1623. Lorsque la femme a aquiescé au jugement qui l'a condamnée en première instance, et que le complice a seul formé appel, le pardon que le mari accorde à la femme pendant l'instance de l'appel éteint-il la poursuite ? La Cour de cassation a résolu négativement cette question : « attendu que de la combinaison des art. 336, 337 et 338 du Code pénal, il résulte que l'adultère de la femme ne peut être poursuivi que sur la dénonciation du mari ; qu'il peut faire cesser la poursuite en se réconciliant avec sa femme ; qu'il peut même, en consentant à la reprendre, arrêter l'effet des condamnations qui seraient intervenues ; que ce sont là des exceptions aux règles qui assurent le libre exercice de l'action publique et la stricte exécution des jugements ; que, comme toutes les exceptions, celles-ci doivent être renfermées dans les limites que la loi leur a fixées ; qu'il suffit que le mari ait dénoncé l'adultère de sa femme pour que le ministère public ait le droit de rechercher et de poursuivre son complice, quand même il ne lui aurait pas été désigné par la plainte ; que si, par la puissance domestique dont est investi le mari, il est le maître d'arrêter la condamnation prononcée contre son épouse,

1. Cass., 17 août 1827, Bull. p. 274 ; 8 mars 1850, Bull. n. 83.

cette faculté ne lui appartient point à l'égard du complice ; que s'il importe à l'intérêt des bonnes mœurs que le fait de l'adultère n'acquière pas, par un jugement, une certitude judiciaire, que si le désistement du mari, pendant le cours des poursuites, doit être accueilli comme une preuve légale de l'innocence de son épouse, que si, conséquemment, ce désistement doit profiter au complice, ces considérations sont sans force et sans autorité, lorsque le désistement n'intervient qu'après un jugement définitif qui a condamné la femme, et après qu'il a été jugé souverainement qu'elle s'est rendue coupable d'adultère ; que, dans ce cas, le mari ne peut pas plus, en pardonnant à la femme, arrêter les poursuites à l'égard du complice, qu'il ne pourrait arrêter les effets de la condamnation qui serait intervenue contre lui [1]. »

Il nous semble que cette décision se concilie difficilement avec les principes qui forment la théorie de cette matière. Sans doute le mari est moins intéressé à arrêter la poursuite contre le complice, lorsqu'il y a chose jugée sur le fait de l'adultère à l'égard de la femme ; mais si la vérité de la chose jugée est une fiction de la loi, c'est surtout lorsque le jugement n'intervient que par défaut ou reste susceptible d'appel, et que l'acquiescement de la partie condamnée lui donne seul un caractère définitif. Cet acquiescement est-il donc nécessairement un aveu ? N'a-t-il pas pu se fonder sur l'espoir d'une réconciliation ? Ce premier jugement, qu'un tribunal supérieur pourrait anéantir, ne doit-il pas être considéré comme ne contenant qu'une expression incertaine de la vérité ? Comment donc admettre, lorsque les époux réconciliés sont réunis, lorsque le fait d'adultère n'est point scellé par une certitude judiciaire complète, qu'une seconde instance pourra s'ouvrir pour constater ce fait, et que les débats publics retentiront de ses preuves ? L'épouse pardonnée viendra-t-elle comme témoin déposer en faveur du complice ? Telle n'a pu être l'intention du législateur. Tant que les peines ne sont pas définitivement encourues par le complice, le désistement ou le pardon du mari doit mettre un terme à la pour-

1. Cass., 17 juin 1850, Bull. p. 29.

suite, parce que l'intérêt social qui demande cette poursuite est subordonné à l'intérêt du mariage qui exige son extinction, parce que la position du mari est en définitive la même, lorsque le désistement intervient après l'appel de la femme seulement, ou lorsque celle-ci, en vue de ce désistement, a renoncé à former cet appel. Il est évident, au reste, que toute difficulté cesserait si le désistement était intervenu pendant les délais de l'appel, et avant que le jugement eût acquis le caractère de chose jugée vis-à-vis de l'un ou de l'autre des prévenus ; ce désistement profiterait nécessairement à l'un et à l'autre [1].

1624. La poursuite est-elle éteinte par le décès du mari? M. Carnot répond en ces termes : « S'il est vrai que l'adultère soit moins un délit contre la société que contre le mari, il en résulte que les poursuites commencées doivent cesser à la mort du mari. On doit supposer, dans l'intérêt des mœurs, que si le mari avait vécu, il se serait départi d'une plainte qu'il aurait inconsidérément portée. Les héritiers du mari pourraient avoir intérêt sans doute à faire condamner la femme comme adultère, en ce qu'elle se trouverait privée, par l'effet de la condamnation, de ses avantages matrimoniaux; mais cet intérêt ne peut être mis en balance avec le déshonneur qu'elle ferait rejaillir sur la mémoire du mari, et d'ailleurs la femme se trouve privée, par le fait même de la mort de son mari, du bénéfice éventuel de l'art. 337 [2]. » Nous n'examinerons point si l'adultère de la femme suffit pour la priver de ses avantages matrimoniaux, et si les héritiers seraient fondés, en cas d'affirmative, à reprendre l'instance commencée par le mari. Le principe général est que le délit étant régulièrement dénoncé, la poursuite doit suivre son cours. A la vérité, le mari, s'il eût vécu, eût pu se désister de cette poursuite, et son décès enlève à la femme la chance de ce désistement ; mais est-ce là un motif suffisant d'interrompre la poursuite d'un délit dont la justice est saisie, et qui, ainsi

1. V. dans ce sens, arr. Paris, 12 juin 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 347.

2. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 106.

que nous l'avons établi, intéresse la société non moins que le mari ? La même objection se présenterait, si le mari décédait après la condamnation encourue ; la femme serait également privée des chances de la remise de sa peine, et toutefois on ne pourrait soutenir que ce décès dût avoir pour effet d'ouvrir à la femme les portes de la prison. Enfin la mémoire du mari est non pas flétrie, mais vengée par la condamnation; et le droit de grâce, introduit dans l'intérêt du mariage, n'a plus de motif quand le mariage est dissous. Le décès du mari, quand il a persisté jusqu'à la mort dans sa plainte, ne doit donc mettre obstacle ni à la continuation de la poursuite, ni à l'exécution de la peine [1].

1625. Cette solution n'avait pas d'abord été admise, et deux arrêts avaient décidé : « que l'action du ministère public à l'égard de l'adultère de la femme, étant constamment subordonnée à la volonté du mari et ayant besoin de son concours, soit exprès, soit présumé, à toutes les époques de la procédure, le décès du mari, en faisant disparaître ce concours, élève contre cette action une fin de non-recevoir insurmontable ; et qu'il n'y a point à distinguer entre le cas où le mari décède avant tout jugement et le cas où il décède pendant l'instance d'appel, puisque les exceptions péremptoires contre l'action publique peuvent être opposées en tout état de cause [2]. » Mais cette jurisprudence n'a pas prévalu, et la Cour de cassation a consacré l'opinion que nous avons exprimée par un arrêt rendu après partage, et qui porte : « que le désistement autorisé par l'article 337 ne peut consister que dans le rapprochement des époux, puisque ses effets sont subordonnés à la condition impérative que le mari consentira à reprendre sa femme; qu'il est évident que la volonté du législateur n'a pas été de créer en faveur du mari outragé un droit illimité et absolu de grâce ou de pardon, puisqu'il n'a prononcé l'annulation de la poursuite et l'abolition de la condamnation qu'à la condition et en vue de la réconciliation

1. Telle était aussi la décision de la loi 11, § 8, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis : « Defuncto marito, adulterii rea mulier postulatur. »

2. Cass., 27 sept. 1829, Bull. n. 315 ; 29 août 1840, Bull. n. 244.

des époux, qui ramène la concorde dans la famille, met fin à un scandale public et donne ainsi une satisfaction aux bonnes mœurs offensées ; que ces principes sont généraux, s'appliquent à toutes les phases de la procédure en adultère et s'opposent à ce que le décès du mari, à toutes les époques de la poursuite, puisse jamais être assimilé au désistement autorisé par l'article 337, puisque le décès même du mari rend impossibles le rapprochement et la réconciliation des époux que cet article a eu pour but ; que d'ailleurs le décès du mari, survenu dans le cours de la poursuite, avant le jugement définitif et en dernier ressort, ne prive pas la femme inculpée du droit de faire valoir les exceptions de fait et de droit qu'elle peut toujours opposer à la poursuite du ministère public [1]. »

1626. Le décès de la femme avant le jugement définitif, a-t-il pour effet d'éteindre la poursuite à l'égard du complice ? Il faut répondre affirmativement. La raison est que la femme a emporté avec elle dans la tombe la présomption d'innocence qui lui appartenait jusqu'à la condamnation. Et cette présomption, qui accompagne sa mémoire, est l'honneur de sa famille, le bien de ses enfants ; il s'y attache un intérêt social. Or la poursuite du complice peut la détruire ; elle flétrit une inculpée qui n'est plus là pour se défendre ; elle déshonore une famille qui ne peut prendre en main la cause de cette inculpée. C'est précisément pour protéger la famille que la loi s'est écartée sous quelques rapports en cette matière des règles communes. On objecte qu'en général les complices d'un délit peuvent être poursuivis même après le décès de l'auteur principal. Mais, en matière d'adultère, il n'y a, à proprement parler, ni auteur principal ni complice, dans le sens juridique de ces mots ; il y a deux coauteurs qui sont nécessairement liés dans la même poursuite. Les deux actions, quand elles ont été simaltanément exercées, sont indivisibles et doivent suivre le même sort. A la vérité, les immunités résultant des exceptions que la femme peut

1. Cass., 25 août 1848. Bull. n. 227 ; 6 juin 1863, Bull. n. 158.

opposer, n'ont point été établies dans l'intérêt du complice ; mais il en profite, parce qu'elles l'ont été dans l'intérêt de la famille, et que c'est l'intérêt de la famille qui exige qu'elles lui soient appliquées.

Cette doctrine a été consacrée par deux arrêts qui disposent dans des termes à peu près identiques, « que si, en principe général, le décès de l'auteur principal d'un délit n'est point un obstacle à l'action du ministère public contre les complices, cette règle ne peut recevoir son application en matière d'adultère, en présence des dispositions spéciales et exceptionnelles qui régissent la poursuite de ce délit ; qu'en effet, l'action du ministère public est subordonnée à la plainte du mari ; que le désistement, le décès du plaignant, la réconciliation des époux sont autant de circonstances qui paralysent l'action du ministère public, même au profit du complice, parce qu'il importe à l'intérêt des bonnes mœurs et à la paix des familles qu'une poursuite dirigée contre le prétendu complice ne puisse pas détruire la présomption légale d'innocence, qui résulte, en faveur de la femme, de toute circonstance de nature à mettre obstacle à l'action pénale contre elle ; que les mêmes raisons de décider se présentent dans le cas où, avant tout jugement définitif, la femme poursuivie vient à décéder ; que l'action publique à son égard étant éteinte, l'impossibilité de vérifier, en ce qui la concerne, les faits d'adultère, fait que la présomption légale d'innocence s'applique nécessairement au complice ; que s'il en était autrement, ce dernier serait dépouillé du droit d'opposer des exceptions péremptoires ou des défenses que la présence de la femme dans le procès pourrait faire naître ; que les poursuites contre la femme prévenue d'adultère et contre son complice sont indivisibles, et que le sort de l'action contre ce dernier doit suivre le sort de l'action contre la femme [1]. »

1627. Cette règle de l'indivisibilité des deux actions que nous venons d'appliquer, bien qu'elle soit générale, n'est pas

1. Cass., 8 mars 1850, Bull. n. 83 ; 8 juin 1872, Bull. n. 135.

absolue. Elle s'applique nécessairement toutes les fois que la double poursuite est simultanée (Voy. *infrà*, n° 1646); mais si les deux actions ont été introduites séparément, par exemple si la femme a été condamnée dans le cours d'une instance en séparation de corps, et que la plainte du mari n'ait été portée ensuite que contre le complice, celui-ci ne peut invoquer l'indivisibilité de la procédure : « attendu que si la poursuite en adultère peut être considérée comme indivisible, c'est seulement dans le cas où elle s'exerce cumulativement contre la femme inculpée et son complice ; qu'il n'en est point ainsi dans l'espèce où la femme condamnée par jugement définitif de la juridiction civile, sur une instance en séparation de corps, à trois mois de réclusion dans une maison de correction, n'était point partie dans l'instance correctionnelle ; qu'elle était donc désintéressée des conséquences du débat au point de vue pénal, et que le mari se trouvait exclusivement en présence du complice; qu'ainsi aucun lien d'indivisibilité n'existait entre celui-ci et la femme, et qu'il ne pouvait bénéficier d'une exception personnelle à cette dernière [1]. » Toutefois il ne faudrait pas induire de cet arrêt que le mari ait la faculté de séparer les deux actions et provoquer la poursuite du complice sans comprendre sa femme dans cette poursuite. C'est ici que le principe de l'indivisibilité reprend son application (Voy. *infrà*, n° 1646).

1628. Nous avons parlé jusqu'ici de l'adultère de la femme. La poursuite de l'adultère du mari a aussi ses règles particulières.

La loi romaine ne permettait pas aux femmes d'accuser leur mari d'adultère [2]. C'était également, dans notre ancien droit, un principe généralement reçu, que l'accusation d'adultère est interdite à la femme [3]. La femme, dit Jousse, ne peut intenter dans aucun cas, l'action d'adultère contre son mari, quand même il aurait chez

1. Cass., 12 déc. 1868, Bull. n. 247.
2. L. 1, C. ad leg. Jul. de adulter.
3. Fournel, p. 13.

lui une concubine, et les lois civiles en laissent la vengeance à Dieu [1]. » La principale raison qu'en donnent les jurisconsultes, c'est que l'incontinence du mari se consomme le plus souvent hors de la maison ; qu'elle n'a pas, comme celle de la femme, l'inconvénient d'introduire des étrangers au milieu des enfants légitimes, et que d'ailleurs ce serait fournir aux femmes le prétexte d'une multitude de réclamations scandaleuses [2]. Nous avons déjà contesté la force de ces motifs [3]. Damhouderius cite plusieurs législations d'après lesquelles l'adultère était considéré comme *gravius in maritis quàm in fœminis* [4]. La législation pourrait, sous ce rapport, être mise en harmonie avec la saine morale, qui doit flétrir l'adultère, dans quelque rang ou dans quelque sexe qu'on ait à le frapper.

1629. L'article 339 du Code pénal a restreint cette répression au seul cas où le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale et a été convaincu sur la plainte de la femme. « Après avoir fourni une garantie à l'époux, a dit le rapporteur du Corps législatif, il était juste d'offrir à l'épouse délaissée, sinon une réciprocité entière, désavouée par la nature des choses et la différence des résultats de l'adultère dans les deux sexes, du moins un moyen à la femme pour soustraire à ses regards la présence et les triomphes de sa rivale. Le mari qui, après avoir oublié les sentiments dus à son épouse, méconnaîtrait assez les égards dont elle doit être l'objet pour entretenir une concubine dans sa maison, sera puni d'une amende de 100 francs à 200 francs ; toute action d'adultère contre son épouse lui sera interdite : de quel droit le parjure pourrait-il invoquer la sainteté des serments? »

Ainsi ce n'est que dans le cas unique de l'établissement d'une concubine dans la maison conjugale que l'adultère du

1. Jousse, t. 3, p. 240.
2. *Ibid.*, p. 14.
3. V. *suprà*, n. 1303 et suiv.
4. Chap. 89, n. 109.

mari devient un délit [1] ; mais dans ce cas, et par une parfaite analogie, c'est seulement sur la plainte de la femme que le mari peut être poursuivi ; ce n'est que dans ce seul cas qu'il a été dérogé aux dispositions trop indulgentes de notre ancien droit.

1630. La femme peut-elle, après avoir formé sa plainte, en arrêter les effets en se désistant ? Le législateur n'a point investi la femme du droit de grâce qu'il a attribué au mari. Ce droit exceptionnel ne peut être étendu ; la femme ne peut donc pardonner [2]. Nous verrons, dans le paragraphe suivant, quelles fins de non-recevoir peuvent être opposées par le mari à la plainte de la femme.

§ III. — *Des fins de non-recevoir sur la plainte en adultère.*

1631. La femme poursuivie pour adultère peut opposer à la plainte du mari diverses fins de non-recevoir. Nous rangeons sous ce titre, pour ne pas multiplier les divisions, les faits justificatifs qui détruisent le délit lui-même ; les exceptions qui, sans dénier le délit, repoussent l'exercice de l'action ; enfin, les faits d'excuse qui peuvent en atténuer la gravité.

1632. La *violence* et l'*erreur* sont deux faits justificatifs de l'adultère [3].

Lorsque la femme a été victime d'un viol, il est évident que le délit d'adultère n'existe pas, car il manque au délit l'élément de la volonté ; le cœur, suivant l'expression de

1. * * En conséquence, après séparation de corps prononcée par un jugement passé en force de chose jugée, l'adultère du mari n'est plus punissable, son domicile ne pouvant plus être considéré comme maison conjugale (Lyon, 7 janv. 1873 ; S. 73. 2. 231).

2. Conf. Paris, 12 mars 1858, ch. corr., Journ. du dr. crim., 1858, p. 156. — * * Et le décès de la femme, après la plainte en adultère portée par elle contre son mari, n'a pas pour effet d'arrêter l'action du ministère public (Aix, 14 juill. 1875 ; S. 77. 2. 136).

3. * * L'expression de *faits justificatifs* n'est pas ici tout à fait exacte ; ce sont plutôt des causes de non imputabilité.

Fournel, n'est pas complice de la souillure du corps [1]. Telle était aussi la décision de la loi romaine : *Quæ vim patitur non est in eâ causa ut adulterii vel stupri damnetur* [2]. Tous les auteurs ont répété cette décision comme une maxime [3].

Mais il faut que le crime soit constaté, que la violence soit véritable, que les preuves en soient fournies. C'est aux faits qui ont précédé ou accompagné le délit, à déposer de son caractère. « La femme, dit Fournel, a-t-elle, par ses cris et ses plaintes, annoncé l'outrage qu'elle essuyait ? Paraît-il qu'elle ait épuisé toutes les ressources que les circonstances ont dû lui fournir ? Toutes les issues étaient-elles fermées à la fuite ? Porte-t-elle sur sa personne des marques de la brutalité de son agresseur ? A-t-elle imprimé sur celui-ci quelques traces de sa résistance [4] ? » Tels sont quelques-uns des indices qui peuvent éclairer la justice. La violence morale ne serait pas une excuse suffisante, à moins que la femme n'ait été dans l'alternative de céder aux désirs de son ravisseur ou de subir une mort certaine. Mais si elle n'a pas cédé à la plus impérieuse nécessité, son consentement n'est qu'un acte de complicité constitutif du délit.

L'erreur est une autre cause de justification. Tel est le cas dont nous avons parlé plus haut, où un individu s'est glissé, pendant le sommeil de la femme, à la place que son mari vient de quitter. Si la femme a été trompée par les ténèbres, si sa méprise est évidente, elle ne saurait être inculpée [5], à moins toutefois que cette erreur ne fût grossière et équivalente au dol [6].

1. Trait. de l'adultère, p. 82.
2. L. 13, § 7, Dig. ad leg. Jul. de adulter.
3. Farin., quæst. 141, num. 15 ; Julius Clarus, § Adul. in suppl., num. 15, et 96 ; Menochius, de arbit., quæst. casu 354, num. 2 ; Damhouderius, p. 270, num. 41.
4. Traité de l'adultère, p. 84.
5. Farinacius, quæst. 141, n. 96.
6. Julius Clarus, in suppl., § Adulterium, num. 100.

1633. Les fins de non-recevoir peuvent se fonder sur la *prescription* de l'action, sur *la nullité* du mariage, ou sur des *faits personnels* au mari.

En droit romain, l'accusation du délit d'adultère se prescrivait par cinq ans : *Adulter post quinquennium quàm commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accùsari non potest, easque præscriptiones legibus reo datas auferri oportet* [1]. Cette prescription était également suivie dans l'ancien droit [2], sauf quelques cas où les délais se prolongeaient jusqu'à 20 ans. Tels étaient les cas d'inceste ou d'absence du mari. Aujourd'hui la prescription est acquise dans tous les cas après trois ans depuis l'acte de l'adultère, car les dispositions des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle sont générales et s'appliquent à tous les délits correctionnels. Il faut ajouter que l'adultère n'est point un délit successif, qu'il se compose d'actes isolés, distincts, dont un seul peut donner lieu à une poursuite [3] ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de confondre les faits qui remontent à plus de trois ans et les faits ultérieurs, et que le juge ne peut faire entrer dans son appréciation du délit aucun des éléments que le voile de la prescription a couverts.

La nullité du mariage peut être opposée par l'époux poursuivi, car le mariage est, ainsi que nous l'avons vu plus haut, un élément essentiel du délit d'adultère. Le commerce illicite cesse d'être punissable dès qu'il n'est plus une violation de la foi conjugale. Si la femme accusée oppose l'invalidité du mariage, le mari doit donc, avant toute poursuite ultérieure, prouver sa validité : *Tunc maritum oportet probare ut ei uxor* [4]. Le jugement de la plainte est subordonné à cette

1. L. 5, C. ad leg. Jul. de adulter.

2. Jousse, t. 3, p. 244.

3. Cass., 31 août 1855, Bull. n. 308.

4. Julius Clarus, loc. cit. — * * Il nous semble que c'est, au contraire, à la femme à prouver la nullité qu'elle invoque, conformément à la règle générale, et à supposer bien entendu qu'il y ait eu célébration de mariage.

question préjudicielle [1]; il faut nécessairement qu'il y soit statué.

1634. Les faits personnels au mari qui peuvent suspendre son droit d'accusation sont son propre *adultère* dans les cas prévus par la loi, sa *réconciliation* avec sa femme, enfin sa *connivence* au délit de celle-ci.

L'adultère du mari, lorsqu'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale, le rend non recevable à poursuivre le délit de la femme (Art. 336 et 339 du C. pén.). Le principe de cette disposition se trouvait dans l'ancien droit. La loi romaine voulait que la plainte du mari fût rejetée, s'il s'était rendu coupable lui-même d'inconduite et de dérèglement : *Judex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere an maritus pudicè viveret, mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit; per iniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat quum ipse non exhibeat* [2]. La loi 39, au Code, *de soluto matrimonio,* consacre la même exception en termes plus énergiques encore : *Id ita accipi debet ut ea lege quam ambo contempserunt neuter vindicetur, paria enim delicta mutuá compensatione solventur.* L'ancienne jurisprudence appliquait constamment cette règle : « Quand le mari qui veut accuser sa femme d'adultère, dit Jousse, est lui-même coupable de ce crime, elle peut faire cesser son action en usant de récrimination à son égard, et en opposant à son mari le même crime dont il l'accuse, car cette récrimination est de droit [3]. » Ce n'est pas, comme le disait la loi romaine, que les deux délits se compensent mutuellement ; un délit ne peut en effacer un autre ; mais l'adultère du mari le frappe d'indignité. Comment serait-il admis à se plaindre d'un délit dont il s'est lui-même souillé ? Comment invoquerait-il la

1 * * Et cette question doit être renvoyée devant le tribunal civil, seul compétent pour statuer sur les questions d'état (Cass., 13 avril 1867 ; S. 67. 1. 341, avec le rapport de M. le conseiller du Boden).

2. L. 13, C. de adult., l. 2 et 13, § 15, Dig. ad legem Juliam de adulteriis.

3. T. 3, p. 226 ; Coquille, Inst. du dr. franç., tit. Du douaire. quæst. 147 ; Farinacius, quæst. 142, num. 39 et 43 ; Damhouderius, p. 270, num. 40.

sainteté du mariage qu'il a violée, la foi conjugale qu'il a parjurée ? La loi le déclare déchu de son action : l'adultère de la femme n'est point excusé, mais il s'est rendu indigne d'en poursuivre le châtiment.

1635. Toutefois, le Code pénal a restreint cette exception dans d'étroites limites. L'adultère du mari n'est en effet puni, et par conséquent ne peut être opposé comme une exception par la femme, *que lorsqu'il a entretenu une concubine dans la maison conjugale* [1]. Ces termes de l'article 339 exigent quelques explications.

Nous avons déjà examiné ce qu'il faut entendre par *la maison conjugale* [2] ; c'est le domicile du mari [3]. La plainte de la femme serait donc admissible, lors même qu'elle n'habiterait pas actuellement cette maison. C'est l'honneur du lit nuptial que la loi a voulu protéger, et cet honneur est blessé, le scandale existe, quoique la femme ne se trouve pas actuellement dans la maison où la concubine est admise [4].

1636. La maison du mari doit-elle encore être réputée maison conjugale après la séparation de corps ? Il faut distinguer si la séparation a été prononcée par un jugement passé en force de chose jugée, ou si, pendant l'instance en séparation, la femme a seulement été autorisée à quitter le domicile du mari. Dans cette dernière hypothèse, la maison conjugale ne perd point, pendant la durée de l'instance, son caractère, et il a été décidé en conséquence « que, pendant le mariage, le domicile du mari est la maison conjugale ; que la demande en séparation de corps ne peut avoir pour effet de relâcher

1. * * Et il a été jugé « qu'un fait de cette nature, *qui se serait produit anciennement*, ne s'opposerait pas, alors même qu'il serait établi, à ce que le mari poursuivît l'adultère actuel de sa femme » (Cass., 20 nov. 1885 ; Bull. n. 320).

2. V. *suprà*, n. 1470 et 1471.

3. Cass., civ., 6 mai 1821, Dall., Coll. alph., t. 11, p. 893 ; 14 octobre 1830, Dall. 33. 2. 216 ; 23 mars 1865, Bull. n. 71 ; 28 fév. 1868, Bull. n. 56. — * * Il en est ainsi même lorsque le mari occupe le logement sous un nom supposé (Cass., 10 juin 1880 ; Bull. n. 115).

4. Cass., civ. 27 janv. 1819, Devill. et Car., 6, p. 13 ; Dall., Coll. alph., t. 11, p. 900.

les liens qui unissent les époux et de les soustraire aux obligations que la loi leur impose ; que si la femme peut se faire autoriser par le juge à quitter momentanément l'habitation commune, cette mesure, essentiellement provisoire, peut cesser d'un moment à l'autre, soit par la volonté des époux, soit par le rejet de la demande en séparation ; que la séparation est un moyen extrême qui n'est admis par la loi qu'après que le rapprochement des époux est devenu impossible ; que la présence de la concubine dans la maison du mari serait un obstacle à ce que la femme y rentrât ; qu'ainsi les règles du droit, comme les principes de moralité sur lesquels il repose, conservent au domicile du mari, même en l'absence de la femme, le caractère qui lui est attribué par la loi, et, pendant l'instance en séparation de corps, il reste encore la maison conjugale, dans les termes de l'art. 339 [1]. » Mais, dans la première hypothèse, c'est-à-dire quand la séparation de corps est prononcée, il en est autrement, et il a été jugé « que le droit donné au mari par l'art. 336, de dénoncer l'adultère de sa femme, est absolu et lui demeure aussi longtemps que le mariage subsiste ; que ce droit ne reçoit d'exception que dans le cas prévu par l'art. 339, c'est-à-dire quand le mari a été convaincu, sur la plainte de sa femme, d'avoir entretenu une concubine dans le domicile conjugal ; qu'il n'y a plus de domicile conjugal, dans le sens de l'art. 339, dès que, par suite du jugement de séparation de corps, il n'y a plus d'habitation commune [2]. »

1637. Il ne faut pas, au surplus, étendre le domicile conjugal à toutes les habitations où le mari réside momentanément ; la loi n'entend par cette expression que la maison qui est l'habitation de deux époux, et où la femme a le droit et l'obligation de résider. Ainsi, le logement que le mari loue sous un faux nom, à l'insu de sa femme, et dans lequel il place sa concubine, ne peut être réputé la maison conjugale, bien qu'il y demeure habituellement, s'il a un autre domicile

1. Cass., 12 déc. 1857, Bull. n. 396. — ** *Adde* Cass., 17 août 1883 ; Bull. n. 219.
2. Cass., 27 avril 1838, Bull. n. 112, S. 38. 1. 358.

où réside sa femme [1]. Ainsi l'habitation commune du mari avec une concubine, dans les villes où il réside momentanément pour le besoin de ses affaires, ne peut être considérée comme l'entretien de cette concubine dans la maison conjugale [2]. L'art. 230, Code civil, et l'art. 339, Code pénal, ont voulu protéger la maison où la femme réside, où, du moins, elle a le droit de résider : en dehors de cette maison où la femme doit être respectée, ou qui ne doit pas être profanée par la présence de la concubine, l'injure qui résulte de la débauche du mari n'a plus la même portée et ne doit pas avoir les mêmes effets.

1638. Que faut-il entendre par *entretenir une concubine dans la maison conjugale*? Y aurait-il adultère de la part du mari qui dans cette maison se livrerait à un commerce illicite, non pas avec une étrangère, mais avec une personne de la famille, comme sa bru, sa belle-sœur, sa sœur? Il est évident, d'abord, qu'il y aurait adultère, car l'adultère est la violation de la foi conjugale, et la foi conjugale n'est pas moins violée par le commerce d'un mari avec sa sœur, avec sa belle-sœur, avec sa belle-fille. qu'elle ne le serait par son commerce avec une étrangère. Non-seulement le délit existe, mais il revêt même une gravité morale plus intense. *Si quis alii nuptam cognatam cum quâ nuptias contrahere non potest corruperit... duplex crimen est incestum... et adulterium* [3]. Mais les termes de l'art. 339 supposent-ils nécessairement l'introduction d'une femme étrangère dans la maison? Est-ce entretenir une concubine, que d'avoir un commerce illicite avec une personne de cette maison? « Si l'on veut, dit M. Merlin, connaître au juste et le sens des expressions de l'art. 339 du Code pénal, et le sens de celles qu'emploie l'art. 230 du Code civil, il faut remonter à leur source commune; il faut recourir au chapitre 9 de la novelle 117, et l'on y verra le législa-

1. Cass., 7 juin 1861, Bull. n. 118.

2. Orléans, 28 juill. 1858, Journ. du dr. crim., 1858, p. 272; Cass., 11 nov. 1858, Bull n. 267.

3. L. 5, Dig. de quæstionibus; l. 38, § 2, et 39, § 5, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.

teur s'exprimer en termes qui conviennent à toute femme vivant en concubinage avec le mari dans la maison conjugale, à quelque titre qu'elle y ait été introduite, et sur quelque pied qu'elle y réside : *Si quis in eâ domo in quâ cum suâ conjuge commanet contemnens eam, cum alia invenietur in eâ domo manens.* Voilà le type de notre législation nouvelle, et il n'y a là ni distinction, ni exception, ni équivoque[1]. » Le même auteur fait remarquer que le motif de l'art. 339 n'est pas de punir le mari du tort qu'il a fait à son épouse en prodiguant ses largesses à la complice de ses désordres, mais de le punir du mépris qu'il a fait de cette épouse, en prenant pour siége de son désordre la maison conjugale ; c'est de venger l'outrage qu'elle a souffert par la présence de la femme coupable, *aut ita luxuriosè viventem ut inspiciente uxore cum aliis corrumpatur, quod maximè mulieres nuptas ut potè circà cubile stimulatas exasperet et præcipuè castas*[2]. Or, ce motif a-t-il moins de force pour l'épouse dont le mari entretient gratuitement une concubine, que pour celle dont le mari paye à beaux deniers un commerce criminel dans la maison conjugale ? Il ne faut donc pas attacher aux expressions de l'art. 339 une importance qu'elles n'ont pas ; la loi a spécialisé l'espèce la plus ordinaire, l'introduction d'une concubine étrangère dans la maison commune : mais le fait qu'elle a voulu atteindre, c'est le commerce du mari dans cette maison avec une autre que sa femme, quelle que fût la position de sa complice.

1639. Il ne suffit pas ensuite que la femme accusée impute au mari des faits d'adultère, quelque précis qu'ils soient. La fin de non-recevoir ne peut résulter que d'un jugement qui le déclare coupable d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale. C'est ce qui résulte du texte du Code : l'art. 336 enlève au mari la faculté de porter plainte *dans le cas prévu par l'art.* 339, et ce dernier article prévoit le cas où *le mari a été convaincu sur la plainte de sa femme* ; or il ne peut être convaincu que par un jugement. C'est aussi

1. Rép. add. vº Adulter. § 8 *bis*.
2. Nov. 22, cap. 15, § 1.

dans ce sens que l'exposé des motifs du Code explique ce *mot*: « Le mari, disait l'orateur du gouvernement, serait privé de cette action s'il avait été *condamné* lui même pour cause d'adultère [1]. »

1640. Mais est-il nécessaire que cette condamnation ait précédé la dénonciation portée contre la femme ? La réponse doit être négative. La femme, en effet, peut n'avoir intérêt à se plaindre que lorsqu'elle est elle-même l'objet d'une poursuite correctionnelle, et la loi ne prononce contre elle aucune déchéance. Dans ce cas, elle agit, non par voie d'exception, mais par voie de récrimination ; elle porte plainte, et cette plainte forme une question préjudicielle sur laquelle il doit être statué préalablement au jugement qui doit intervenir sur la dénonciation du mari. Mais si les juges sont à la fois saisis de la plainte en adultère du mari contre sa femme et de la plainte de celle-ci pour entretien d'une concubine dans la maison conjugale, ils peuvent examiner les deux plaintes en même temps et en faire l'objet d'une seule et même décision [2].

1641. Toutefois, la femme serait non recevable à se plaindre en police correctionnelle de l'adultère de son mari dans la maison conjugale, si elle avait déjà porté ce grief devant les tribunaux civils pour obtenir la séparation de corps, et si la demande avait été rejetée ; car alors il y aurait à cet égard chose jugée [3]. La position serait contraire, si les faits allégués étaient postérieurs au jugement civil. Mais on ne doit pas étendre cette fin de non-recevoir au cas où le mari, après avoir saisi le tribunal civil d'une demande en séparation de corps et en révocation des avantages matrimoniaux stipulés par le contrat de mariage, dénonce au tribunal correctionnel le délit d'adultère et demande contre le complice des dommages-intérêts ; car l'exception de litispendance et la maxime *unâ viâ electâ non datur recursus ad alteram* [4], ne peu-

1. Arr. Lyon, 15 juin 1837, Journ. du dr. crim., 1838, p. 33.

2. Cass., 11 nov. 1858, Bull. n. 267.

3. Cass., 30 mars 1832, Journ du dr. crim., 1832, p. 111.

4. Voy., sur l'application de cette maxime, notre Traité de l'instruction crim.

vent être invoquées qu'autant qu'il y a identité dans l'objet des deux actions et identité des parties qu'elles mettent en cause : or, ici les deux actions n'ont pas le même objet et ne mettent pas les mêmes parties en cause [1].

1642. La femme peut-elle opposer les excès, sévices et injures graves qui ont fondé le jugement de séparation de corps ? Non, car l'article 336 n'autorise la femme à opposer à la poursuite que le seul fait de l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale, et ce fait n'est pas nécessairement contenu dans les excès, sévices et injures énoncés dans le jugement : il en serait autrement si le jugement énonçait explicitement cet entretien [2]. Peut-elle, après le rejet d'une première plainte, élever une seconde fois la même exception ? Oui, en la fondant sur des faits nouveaux qui constituent de nouvelles charges ; mais il n'appartient qu'à la juridiction d'abord saisie de connaître de ces charges nouvelles [3].

1643. Une deuxième fin de non-recevoir, déduite d'un fait personnel au mari, est la *réconciliation* de celui-ci avec sa femme. Cette réconciliation survenue, soit avant, soit depuis la plainte, éteint l'action en adultère.

Cette règle, écrite, en ce qui concerne le divorce, dans l'article 272 du Code civil, est puisée dans l'esprit de la loi, qui appelle sans cesse le pardon du mari sur les fautes de la femme. La Cour de cassation l'a consacrée, en déclarant : « que le pardon du mari ou sa réconciliation avec sa femme doivent toujours être accueillis comme une preuve légale que l'adultère n'a pas été commis, et comme une fin de non-recevoir contre toute poursuite ; que c'est ainsi que le Code civil, en faisant de l'adultère une cause de divorce, et en prononçant une peine contre la femme après l'admission du divorce sur cette cause, avait ordonné, dans son article 272, que l'action en divorce serait éteinte par la réconciliation des

1. Cass., 22 juin 1850, Bull. n. 203.
2. Cass., 7 avril 1849, Bull. n. 75.
3. Cass., 22 mars 1856, Bull. n. 117.

époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce ; que l'article 336 du Code pénal doit être réputé, dans la généralité de sa rédaction, avoir admis des règles qu'il n'a pas exclues; qu'il doit être réputé particulièrement s'en être référé, sur ces règles, aux dispositions du Code civil, auxquelles il s'est expressément conformé, lorsqu'il a dû fixer la peine qui serait prononcée contre la femme convaincue d'adultère ; qu'il s'ensuit que non-seulement le ministère public n'a pas le droit de poursuivre d'office le fait d'adultère, mais encore que ces poursuites ne peuvent être légalement exercées que sur une dénonciation du mari contre laquelle il n'existe pas de fin de non-recevoir par une réconciliation antérieure opérée avec connaissance des faits dénoncés ; et que l'action du ministère public cesse même d'avoir un caractère légal, lorsque, pendant les poursuites, le mari retire la dénonciation par une déclaration formelle, ou lorsqu'il en anéantit l'effet par un pardon ou par une réconciliation résultant des circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux [1]. »

La même règle régnait dans l'ancien droit. Il suffisait, dans la législation romaine, que le mari n'eût pas renvoyé son épouse adultère, pour qu'il fût non recevable à la poursuite, comme étant réputé lui avoir pardonné : *Crimen adulterii maritum retentâ in matrimonio uxore, inferre non posse nemini dubium est* [2]. Jousse atteste que cette loi était appliquée en France : « L'action que le mari a contre sa femme, pour raison de l'adultère par elle commis, s'éteint aussi par la réconciliation du mari et de la femme, suivant la loi 11 du Code *ad leg. Jul. de adulteriis*, qui est observée en France, et il ne peut plus, ensuite de cette réconciliation, l'accuser pour raison du même fait pour lequel il s'est réconcilié avec elle [3]. »

1644. La réconciliation n'aurait point ce résultat si elle

1. Cass., 7 août 1823, Bull. p. 322. Devill. et Car., 7, p. 309.

2. L. 11, Cod. ad leg. Jul. de adulter.

3. Tome 3, p. 242.

n'était fondée que sur une erreur, par exemple si l'époux ignorait à cette époque les faits qui font l'objet de la plainte ; car on ne peut pardonner des torts ignorés. Le pardon accordé pour un fait d'adultère n'empêcherait donc pas le mari de poursuivre la femme pour d'autres faits commis depuis la réconciliation.

La réconciliation est expresse ou tacite ; l'appréciation des faits par lesquels on prétend la fonder est abandonnée à la prudence des juges. Elle est expresse quand elle est attestée par des actes ou des lettres missives écrites par le mari, après qu'il a eu connaissance des désordres de sa femme [1] ; elle est tacite quand on la fait résulter de certains faits, comme de la cohabitation des époux, ou des caresses que la femme aurait reçues de son mari, postérieurement à la découverte de sa faute. C'est dans ce sens que Julius Clarus a dit : *Caveat maritus ne sciens uxorem esse adulteram, se cum eâ carnaliter commisceat, nam ex eo videtur illi adulterium remisisse* [2].

Il ne suffirait pas néanmoins aujourd'hui, comme sous la loi romaine, que le mari, après avoir découvert l'adultère, continuât à vivre sous le même toit avec sa femme, pour que la réconciliation fût présumée. En effet, aux termes de l'article 214 du Code civil, le mari est obligé de recevoir la femme nonobstant son adultère, et ce n'est qu'avec l'autorisation du juge qu'elle peut quitter le domicile conjugal [3].

1645. M. Toullier émet toutefois l'opinion que le silence prolongé de l'époux outragé, *pendant une année*, doit porter les tribunaux à déclarer non recevable la demande en séparation de corps, à cause de la réconciliation ou de la remise tacite du l'injure : « On ne peut regarder, dit-il, la vie comme devenue insupportable à l'époux outragé, lorsque, depuis que l'outrage a cessé, il a continué d'habiter avec l'autre, et

1. Arr. Besançon, 20 fév. 1860, Journ. du dr. crim., 1860, p. 186.
2. In suppl.. § Adulterium.
3. Cass., 4 avril 1808, Devill. et Car., 2, p. 508, S. 8. 1. 237.

gardé le silence sur le passé [1] ». Cette règle trop absolue, même en ce qui concerne la séparation de corps, serait inapplicable à la poursuite du délit d'adultère ; car cette poursuite ne peut, aux termes des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, être frappée de déchéance que par le laps de trois ans, qui forme la prescription des délits correctionnels. Le mari conserve donc, pendant trois ans après le fait d'adultère, le droit de porter plainte, et il ne saurait être déchu de ce droit que par la preuve d'un fait précis de réconciliation : son silence pendant ce temps ne peut faire présumer aucun abandon ; il peut réserver sa plainte pour le dernier jour du délai. Telle était aussi la décision de la loi romaine : *destitisse eum accipimus qui totum animum agendi deposuit, non qui distulit accusationem* [2].

1646. L'exception qui résulte de la réconciliation des époux peut être invoquée même par le complice. Notre ancien droit avait consacré cette règle : « La réconciliation du mari avec la femme, dit Muyart de Vouglans, empêche même qu'il ne puisse poursuivre le complice en réparation pour le faire condamner en des dommages-intérêts [3]. » La Cour de cassation n'a fait que continuer cette jurisprudence, en déclarant : « qu'en matière d'adultère, l'exception de réconciliation appartient également à la femme et au complice, puisqu'elle forme une fin de non-recevoir péremptoire contre la plainte du mari, sans laquelle l'action publique n'est jamais admissible ; que, dès lors, chacun d'eux peut s'en prévaloir dans l'intérêt de sa défense ; que le silence de la femme, ou son adhésion au jugement de première instance qui l'a condamnée, ne peut priver de ce droit le prévenu de complicité ; et que la Cour royale ayant reconnu en fait, sur l'appel du prévenu, qu'il y avait eu, avant la plainte, réconciliation entre les époux, a fait une légale application des

1. Droit civil, t. 2, n. 763.
2. L. 13, Dig. ad sen. Turpillianum.
3. T. 1er, p. 201 ; Jousse, t. 3, p. 244.

art. 336, 337 du Code pénal et de l'art. 272 du Code civil [1]. » Cette décision est fondée sur une saine entente de la loi : la réconciliation efface jusqu'à l'adultère, elle le couvre d'un voile, elle établit la présomption légale qu'il n'a jamais existé ; elle protége donc le complice comme la femme elle-même ; il serait, d'ailleurs, étrange de chercher encore à prouver l'adultère, quand le mari a voulu en détruire les preuves (Voy. *suprà*, n° 1643).

Il a été jugé dans ce sens « que la cause du prévenu est indivisible de celle de la femme ; que la condamnation du complice serait la condamnation même de la femme ; que le mari ne peut donc renoncer au droit de poursuivre sa femme, en provoquant la poursuite du complice [2]. » La renonciation profite au complice, même après la condamnation, si cette condamnation n'a pas encore acquis force de chose jugée [3] ; mais si le jugement est devenu irrévocable, le bénéfice du pardon, introduit en faveur de la femme par l'art. 337, ne s'étend plus au complice ; « car ce pardon n'a pour effet que d'arrêter l'exécution du jugement de condamnation, et non d'annuler cette condamnation elle-même ; il n'a que l'effet d'une grâce, et non d'une amnistie ; l'art. 337 est donc étranger au complice, et les motifs qui peuvent déterminer le mari à se réconcilier avec son épouse et à la reprendre dans son domicile, sont autres et peuvent même être opposés à

1. Cass., 9 fév. 1839, Devill. et Car., 1839. 1. 213 ; Journ. du dr. crim., p. 42.

2. Cass., 22 juin 1839, Bull. n. 209 ; 8 août 1867, Bull. n. 183. — ** *Adde* Douai 31 août 1874 ; S. 75. 2. 255 ; — Alger, 31 mai 1879 ; S. 80. 2. 325 ; — Nîmes, 27 nov. 1879 ; S. 80. 2. 85. — Ces deux derniers arrêts ont jugé qu'en pareil cas le complice doit être condamné aux frais. Cette solution est contraire aux principes d'après lesquels l'accusé qui succombe doit seul être condamné aux frais (V. t. 1er, ch. VIII, nos 147 et suiv.) Et nous n'apercevons pas bien sur quoi l'on peut fonder une condamnation aux frais, quand il n'y a pas jugement definitif, que tout est encore en question, et que, par conséquent, la prétendue faute que l'on invoque n'a pas été et ne peut être judiciairement établie.

3. Cass., 19 janv. 1854, Bull. n. 12 ; arr. Pau, 1er oct. 1860, Journ. du dr. crim., 1860, p. 320.

ceux qui, pendant la poursuite, arrêtent l'action publique [1]. »

1647. Doit-on considérer comme une troisième fin de non-recevoir, résultant des actes personnels du mari, *sa connivence* à la débauche et aux déportements de sa femme ? Cette exception était admise dans l'ancien droit romain, qui la fondait sur l'indignité du mari : *Cur enim improbet maritus mores quos ipse aut ante corrupit aut postea probavit* [2] ? La connivence du mari constituait en même temps un délit : *Qui quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit, plectitur, nec enim mediocriter delinquit qui lenocinium in uxore exercuit* [3]. Notre ancien droit avait recueilli cette double décision ; mais il faut remarquer en même temps que la connivence du mari remettait aux mains du ministère public le droit de poursuivre d'office : « Car alors, dit Jousse, le scandale et l'honnêteté publique exigent que le ministère public interpose son autorité pour punir et la femme et le mari qui favorise ses désordres [4]. »

Les auteurs qui ont écrit sur cette matière ont continué d'enseigner cette doctrine [5] ; nous ne croyons pas devoir l'adopter. La connivence du mari a cessé, en premier lieu, d'être un délit ; ensuite, nous ne pouvons admettre que la femme, en opposant cette connivence comme une fin de non-recevoir, puisse se couvrir d'une complète impunité. On lit dans les procès-verbaux du Conseil d'État que le projet du Code pénal renfermait les dispositions suivantes : « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par son mari, *dans le cas où il n'y aurait pas connivé.* Le mari signalé par la notoriété publique comme ayant connivé à l'adultère de sa femme, la femme adultère, le complice ou les complices, sont condamnés chacun à une amende de 100 fr. au moins et de 10,000 fr. au plus ; dans ce cas, les coupables pourront être

1. Cass., 29 avril 1854, Bull. n. 131.
2. L. 45, Dig. de soluto matrimonio.
3. L. 20, § 3, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis ; l. 28, Cod. eod. tit.
4. Jousse, t. 3, p. 236 ; Muyart de Vouglans, p. 222.
5. Merlin, Rép., vº Adultère, 89 ; Mangin, Traité de l'action publique, n. 13.

poursuivis, même d'office, par le procureur impérial. » Ces dispositions reproduisaient exactement les règles de l'ancien droit ; elles furent combattues au sein du Conseil d'État. On objecta qu'il y aurait de graves inconvénients à punir la connivence du mari ; que la recherche et la preuve de cette honteuse complicité feraient naître de scandaleux débats ; que l'homme qui, pour ne pas divulguer la honte de sa famille, aura gardé un pénible silence et dévoré en secret sa douleur, y serait lui-même exposé ; qu'il était préférable que cette connivence ne fût recherchée dans aucun cas [1]. Les dispositions du projet furent en conséquence rejetées. Ainsi le législateur a craint les scandales qu'eût entraînés la preuve de la connivence ; il n'a pas voulu que cette preuve pût dans aucun cas être faite. Que faut-il conclure ? Que cette connivence ne peut être alléguée ni à titre de délit, ni à titre d'exception ; car, dans les deux hypothèses, les conséquences de l'allégation seraient les mêmes. D'ailleurs, si le législateur, en proscrivant le délit, eût voulu réserver au moins la fin de non-recevoir, il eût nécessairement laissé au ministère public le droit de poursuivre, dans ce cas, l'adultère de la femme ; car celle-ci est-elle donc excusable parce que son mari a souffert ses désordres ? Ne s'est-elle pas doublement avilie en rendant celui-ci complice de son crime ? Si la loi n'a pas réservé l'action publique, c'est qu'elle n'a pas voulu, même dans ce cas, l'ôter des mains du mari. On objecte que ce dernier s'est rendu indigne de porter plainte ; mais d'abord n'est-il pas possible que sa connivence ne soit qu'un acte de faiblesse ? Ensuite on conçoit qu'on dût la lui opposer s'il réclamait des dommages-intérêts ; mais les peines ne sont point prononcées à son profit, elles sont prononcées dans un intérêt général, et la société seule en reçoit le bénéfice [2].

1. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance des 8 et 15 nov. 1808.

2. Conf. arr. Caen, 29 nov. 1855 ; contr. arr. Caen, 1er fév. 1855, Journ. du dr. crim., 1856, p. 155. — * * V. encore, dans le sens indiqué au texte, Bruxelles, 31 juill. 1874 ; S. 75. 2. 256.

1648. Il est important toutefois de faire observer que, si l'adultère de la femme avait pris le caractère d'un autre délit, tel que l'excitation à la débauche ou l'attentat à la pudeur, le ministère public pourrait poursuivre sans dénonciation du mari : le privilége de la plainte est circonscrit au délit d'adultère ; tout autre délit rentre dans le droit commun, et peut être poursuivi dès qu'il arrive à la connaissance du ministère public.

1649. Les causes de justification, les diverses fins de non-recevoir que nous avons parcourues successivement, doivent être suivies, pour compléter le cercle de la défense de la femme, de l'examen des faits qui, sans justifier l'adultère, sans opposer une fin de non-recevoir à l'action, ont néanmoins été considérés comme des excuses qui avaient pour effet d'atténuer le délit ; tels peuvent être l'inconduite et la débauche du mari, les mauvais traitements qu'il a fait supporter à sa femme, un extrême état de misère.

Quelques auteurs n'ont point hésité à attacher à ces faits une justification complète de l'adultère, quand ils étaient graves et bien établis : « La débauche et la mauvaise conduite du mari, dit Jousse, est une excuse valable pour la femme, parce qu'alors le mari a donné lui-même occasion à l'injure qui lui est faite. » Cette opinion s'étayait de ce texte de la loi romaine : *Periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat, cùm ipse non exhibeat*[1]. Baïardus, dans ses Notes sur Julius Clarus, admet également que la femme est excusable quand le mari a refusé de pourvoir à sa subsistance : *Quando maritus ipse fuit causa adulterii, etiam si causa fuerit remota, putà qui eam reliquerit sine necessariis ad vitam*[2]. Fournel adopte cette opinion : « Un mari qui, par ses mauvais traitements, dit-il, force sa compagne de s'exiler de sa maison, et qui lui refuse les secours

1. L. 13, Dig. ad leg. Jul. de adulter.

2. Baïardus ad Julium Clarum, add. n. 15. Damhoudère. p. 270, n. 40, va même plus loin, car il refuse l'action au mari : « *Quoties ipse, aut per negligentiam, aut per oblatas occasiones, aliquo modo uxori causam præbuit committendi adulterii.* »

nécessaires à sa subsistance, ne devient-il pas responsable de tous les événements auxquels le soin de sa propre conservation pourra la porter ? N'est-ce pas en quelque sorte la dégager du serment de fidélité [1] ? »

Nous ne saurions admettre ces différentes considérations. Comment la femme pourrait-elle trouver une justification dans les fautes de son mari ? Comment pourrait-elle prétendre que sa débauche ou ses mauvais traitements ont légitimité son adultère ? Un délit ne peut être justifié que par la contrainte qui a entraîné la volonté ; or, l'irritation que fait naître un mauvais traitement, la douleur qu'inspire l'inconduite d'un mari, enfin le dénûment même et la misère n'exercent point sur la volonté une contrainte irrésistible ; si elle a cédé, c'est qu'elle était corrompue ; c'est le cas d'appliquer, en l'étendant, l'axiome de la loi romaine : *Non est ignoscendum ei quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam agit*[2]. Tous les auteurs, au reste, n'admettaient pas ces causes d'excuse ; Farinacius les repoussait formellement : *Nec uxor pœnâ adulterii excusatur propter viri sævitiam, propter famis necessitatem aut paupertatem* [3]. Néanmoins on ne doit pas méconnaître un effet légitime de ces circonstances : l'adultère commis sous leur influence cesse d'être l'œuvre d'une volonté spontanée ; si une volonté coupable l'a accueilli, sa cause prochaine est dans le fait extérieur qui l'a provoqué ; ce fait doit donc prendre le caractère, non point d'une excuse, mais d'une circonstance d'atténuation dont l'effet doit se faire ressentir dans la distribution de la peine.

1650. Nous nous sommes occupé jusqu'ici des fins de non-recevoir que la femme peut opposer à l'action du mari. Ces fins de non-recevoir ne peuvent-elles être opposées à l'action de la femme par le mari poursuivi pour avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale ?

Le mari, outre les exceptions qui peuvent naître de la prescription ou de la nullité du mariage, peut sans nul doute

1. Traité de l'adultère. p. 150.
2. L. Dig. de raptu nuptiarum.
3. Quæst. 141, num. 60.

opposer à la plainte de la femme les faits qui prouveraient leur réconciliation. En effet, il a été dans l'esprit de la loi de favoriser tout ce qui peut tendre au maintien et à la stabilité du mariage, tout ce qui peut empêcher que les liens ne se dissolvent, et que la violation de la foi conjugale ne devienne une vérité judiciaire. C'est cette pensée qui a dicté l'art. 272 du Code civil, portant que l'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux. Cette réconciliation doit avoir le même effet sur l'action correctionnelle; la raison de décider est la même dans les deux hypothèses. La poursuite n'a plus d'intérêt quand la femme a consenti à oublier l'infidélité de son mari ; le mari est donc fondé à opposer tous les faits de réconciliation qui sont survenus avant ou depuis la plainte.

1651. Mais peut-il opposer l'adultère de celle-ci ? M. Carnot répond affirmativement, attendu qu'il n'est aucun fait qui, pouvant donner lieu à l'exercice d'une action, ne puisse être opposé comme exception contre l'exercice d'une action de même nature[1]. Mais cette maxime ne peut s'appliquer aux délits qui ne se compensent point les uns les autres. Si la loi a déclaré le mari indigne de porter plainte, quand lui-même a tenu une concubine dans la maison conjugale, cette indignité n'a point été étendue à la femme adultère, peut-être parce que la femme, même coupable, a droit encore à la protection de la loi pour réclamer l'inviolabilité du domicile conjugal. Le mari ne ferait donc point cesser l'effet de la plainte en opposant à la femme sa propre inconduite, et il ne serait pas moins passible des peines légales, sauf l'atténuation que le fait pourrait apporter à son délit. Nous n'admettons pas, du reste, comme l'a fait un auteur [2], que les deux actions du mari et de la femme puissent, dans ce cas, marcher parallèlement ; car l'action du mari reste frappée de déchéance dès qu'il se trouve dans le cas de l'art. 339, et l'adultère de la femme ne la relève pas de cette déchéance. Un arrêt déclare en confirmant cette doctrine, « que l'art. 339,

1. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 111.
2. Mangin, Traité de l'action publique, n. 144.

en autorisant la femme à porter plainte contre le mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale, n'a subordonné cette plainte à aucune condition ; qu'il ne contient pas en faveur du mari, dont la femme serait mise en prévention ou reconnue coupable d'adultère, une exception semblable à celle que l'art. 336 établit pour la femme ; que, dans le silence de la loi, il ne peut appartenir aux tribunaux de créer des exceptions ou fins de non-recevoir, ou d'étendre celles formellement exprimées à des cas non prévus par le législateur[1]. »

Quant aux faits d'excuse puisés dans l'inconduite de la femme, dans le scandale de ses désordres, dans son abandon de la maison conjugale, ils pourraient, comme nous l'avons dit plus haut à l'égard de la femme, former des circonstances atténuantes du délit du mari, mais ils ne pourraient dans aucun cas constituer des causes justificatives ou des excuses légales de ce délit.

1652. Le mari peut-il opposer que sa concubine mariée ne peut être mise en cause sans une dénonciation du mari de celle-ci ? Cette question doit être résolue négativement, « attendu que si l'art. 336 reconnait au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de la femme, l'art. 339 accorde à la femme dont le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale un droit non moins explicite et non moins absolu ; que ces droits corrélatifs et de même nature sont indépendants l'un de l'autre et doivent s'exercer avec une égale liberté, sous les seules conditions prescrites par le législateur ; qu'aucune disposition ne fait dépendre l'exercice du droit accordé à la femme par l'article 339 de la condition que le mari de la concubine autorisera la poursuite de celle-ci comme complice de l'époux concubinaire ; que, quand il ne s'agit plus de protéger le mari par l'application de l'article 336, mais de donner protection à une épouse dont le conjoint a entretenu une concubine dans la maison conjugale, et d'arriver ainsi à l'application de l'article 339, le droit de plainte appartient à la partie lésée, et la dénonciation

1. Cass., 23 mars 1865, Bull. n. 71.

émanée de l'épouse outragée saisit légalement la justice des faits qu'elle impute à son mari, et, par suite, à la complice de celui-ci, lors même que cette complice serait elle-même engagée dans les liens du mariage, la loi n'ayant fait aucune distinction à cet égard ; que seulement une pareille plainte a pour résultat de provoquer l'application, non de l'article 336, mais de l'article 339 [1]. » (Voy. au surplus, n° 1666.)

§ IV. — *De la preuve de l'adultère.*

1653. L'adultère soit de la femme, soit du mari, peut, comme tous les délits, se prouver par tous les genres de preuves, et notamment par la preuve testimoniale.

Cette règle ne peut donner lieu à aucune difficulté, puisque la loi n'a fait aucune exception. La Cour de cassation l'a consacrée en déclarant « que la preuve du délit d'adultère, à l'égard de la femme prévenue, se fait de la manière prescrite par les articles 154, 155, 156 et 189 du Code d'instruction criminelle ; qu'aucune disposition ne l'a exceptée de la règle générale ; que les termes de l'article 338 du Code pénal ne permettent pas de penser que ses dispositions soient communes à la femme prévenue du même délit [2] ».

1654. Mais, relativement au prévenu de complicité, les seules preuves qui, aux termes de l'article 338, peuvent être admises, sont, « outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ». « Il importait, a dit l'orateur du Corps législatif, de fixer la nature des preuves qui pourront être admises pour établir une complicité que la malignité se plaît trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des conjectures harsardées ou des rapprochements fortuits. Après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins équivoques, les tribunaux ne pourront admettre

1. Cass., 28 fév. 1868, Bull. n. 56.

2. Cass., 13 mai 1813, S. 4. 1 349 ; Journ. du pal., 3e édit., t. 11, p. 365.

que celles qui résulteraient de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ; c'est dans ces lettres, en effet, que le séducteur dévoile sa passion et laisse échapper son secret. »

La *preuve écrite* ne peut résulter que des pièces émanées du prévenu et écrites par lui-même [1]. C'est d'après cette règle que la Cour de Paris avait jugé « que l'on ne peut considérer comme *pièce écrite* par le prévenu de complicité d'adultère, *l'aveu* par lui fait dans un interrogatoire *de lui signé*, et par lui subi en état d'arrestation, devant un juge d'instruction, dans une procédure criminelle, parce qu'une pareille déclaration dans une telle position, n'étant ni spontanée, ni libre de la part du prévenu de complicité, n'a pas le caractère de liberté morale qui préside à des écrits émanés d'un prévenu de ce genre spécial de complicité de délit hors de toute instruction criminelle [2] ». Mais cette doctrine n'a pas été confirmée par la Cour de cassation. Dans une espèce où il était également constaté que, dans deux interrogatoires subis par le complice, devant le commissaire de police et devant le juge d'instruction, et signés de lui, il avait reconnu en termes formels le fait de la complicité, il a été décidé « qu'en déclarant que ces aveux, ainsi consignés dans deux interrogatoires revêtus de la signature du prévenu, constituaient la preuve exigée par l'article 338, l'arrêt attaqué n'avait fait qu'apprécier les pièces qui renfermaient les élé-

1. * * La Cour suprême a jugé, dans un arrêt du 9 juin 1883 (Bull. n. 140; S. 85. 1. 137) et notre note), que, « en ce qui concerne la preuve du délit d'adultère poursuivi par le mari contre sa femme, celui-ci a, en vertu de l'autorité domestique que la loi lui reconnaît, des droits particulièrement étendus d'investigation et de recherche, soit pour découvrir les preuves de l'offense faite à son honneur, soit pour arriver à rejeter de sa famille, par le désaveu, un enfant qui lui est étranger; qu'il est impossible de lui refuser, pour la protection de ses intérêts et de ceux des siens, une latitude d'action privilégiée »; et elle en a conclu que le mari peut faire la preuve de l'adultère au moyen de lettres de la femme par lui achetées au complice. — La conclusion nous paraît à l'abri de la critique; mais les principes posés par cet arrêt ne nous ont pas paru parfaitement nets.

2. Arr. Paris, 18 mars 1829, S. 29. 2. 139.

ments du procès, et n'avait commis aucune violation de cet article [1] ». La Cour de Paris a encore jugé, dans une autre espèce, que les lettres écrites par la femme au complice et annotées par celui-ci, et celles qui ont été adressées par le complice, mais non écrites ni signées par lui-même, ne peuvent être admises comme preuve de la complicité [2]. Mais la solution serait différente à l'égard de l'acte de naissance dressé par l'officier de l'état civil et signé du prévenu, et dans lequel il s'est déclaré le père d'un enfant issu de la femme convaincue d'adultère [3]. Cette déclaration authentique fournit évidemment la *preuve écrite* qu'il s'est rendu complice du délit d'adultère. Il en serait de même de l'acte de reconnaissance d'un enfant également issu de la femme condamnée pour adultère ; cet acte forme l'aveu écrit des relations coupables qui ont existé entre les deux prévenus [4]. Au surplus, le juge du fait est l'appréciateur souverain des faits de la prévention, et par conséquent des écrits qui peuvent établir la complicité ; il décide donc seul si d'une lettre saisie peut résulter la preuve du délit [5].

1655. A défaut de preuves écrites, la loi n'admet contre le complice que celle de *flagrant délit.*

L'article 41 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre, est un flagrant délit. Seront aussi réputés flagrant délit le cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique, et celui où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. »

Il est d'abord évident que cette dernière disposition n'est pas applicable en matière d'adultère. La première a donné

1. Cass. 13 déc. 1851, Bull. n. 521.— * * V. aussi Amiens, 4 mai 1876 ; S. 77. 2. 212; — Alger, 19 juin 1877 ; S. 77. 2. 202.

2. Arr. Paris, 13 mars 1826, S. 27. 2. 17.

3. Arr. Paris, 11 fév. 1829, S. 29. 2. 138.

4. Arr. Paris, 13 mars 1826, S. 27. 2. 17.

5. Cass., 8 juin 1855, Bull. n. 202.

lieu d'élever une question grave ; c'est de savoir si la preuve du flagrant délit n'est admissible qu'autant que les témoins ou les procès-verbaux établissent que les coupables ont été surpris au moment même du délit. On a soutenu, pour la déchéance de l'action, qu'il n'y a plus flagrant délit lorsqu'un certain intervalle de temps s'est écoulé depuis sa consommation, lorsqu'il a cessé d'être actuel ; qu'il n'est plus permis de se livrer après coup à de téméraires recherches, de recueillir les traces d'un fait qui n'en laisse point au delà du moment où il a eu lieu ; que la paix des familles serait compromise, et le rapprochement impraticable entre des époux mutuellement aigris par les suites de cette nouvelle inquisition scandaleuse [1].

Ces considérations ne paraissent pas concluantes. Les articles 32 et 41 du Code d'instruction criminelle n'ont pour objet que d'accorder au ministère public le droit de procéder à l'instruction, et l'avantage de constater le flagrant délit. Ce motif a pu seul déterminer le législateur à autoriser le ministère public, partie poursuivante, à instruire seul et en l'absence du juge d'instruction, spécialement institué pour la garantie des intérêts de la société et des droits des prévenus. La disposition de l'art. 41, relatif à la poursuite, au mode de procéder, et à la compétence d'un magistrat, ne peut donc s'appliquer au mode de preuves, et il faut nécessairement distinguer le droit de poursuite, en cas de flagrant délit, de la preuve du flagrant délit. La définition de l'article 41 est purement relative au droit de le constater, et, par suite, ne le considère que sous le point de vue du temps où il a été commis ; mais le flagrant délit est en lui-même le délit commis publiquement, et dont le coupable a été vu par plusieurs témoins au moment où il le consommait. Ce que la loi a voulu rejeter dans la poursuite contre le complice, ce sont les indices, les présomptions, les circonstances accessoires et indirectes ; elle a voulu que l'existence du flagrant délit pût seule motiver, avec les pièces émanées du prévenu, les poursuites

1. Arr. Angers, 8 mai 1820, S., 4, p. 257 ; arr. Cass., 23 août 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 345.

contre le complice, mais elle n'a point imposé la condition que ce flagrant délit fût immédiatement constaté et poursuivi. Elle n'a établi ni délai ni déchéance ; et c'eût été, en effet, exiger une condition impossible à remplir, que d'imposer la nécessité de faire constater instantanément la consommation matérielle d'un délit toujours environné des ombres du mystère. Il suffirait que le flagrant délit eût lieu dans l'absence du mari, pour que l'impunité du complice fût assurée ; car les témoins *de visu*, qu'il produirait ensuite, ne pourraient même former une preuve légale du délit. Ces raisons nous portent à penser qu'il ne faut pas créer une exception nouvelle au droit commun, et que la poursuite ne doit être frappée d'autre déchéance que de celle de la prescription.

1656. Cette doctrine a été pleinement confirmée par la jurisprudence. Un premier arrêt décide « que l'art. 338 n'exige point que le délit soit constaté par le ministère public ou par des officiers de police judiciaire, ses auxiliaires, dans les termes des art. 32, 41 et 49 du Code d'instruction criminelle ; que la disposition de l'art. 338 a seulement pour objet de faire rejeter les dépositions qui ne porteraient pas directement sur le fait même du délit, mais sur des faits accessoires dont on voudrait induire l'existence du délit par voie de présomption [1]. » Un autre arrêt répète « que l'art. 338 n'exige pas que le flagrant délit soit constaté exclusivement par des procès-verbaux émanés des officiers de police judiciaire, et qu'ainsi la preuve de ce flagrant délit peut résulter des dépositions des témoins ordinaires [2] ». Enfin un arrêt, rendu après partage, déclare en termes explicites « que, dans le sens de l'art. 338, il n'est pas nécessaire que le flagrant délit d'adultère, pour lequel le complice de la femme est inculpé, soit constaté au moment où il vient de se commettre ; qu'il suffit qu'il résulte de l'instruction du procès que les délinquants ont été vus et surpris dans l'accomplissement du fait puni par la loi ; que la preuve de ce flagrant délit n'est assujettie

1. Cass., 22 sept. 1837, Bull. n. 287.
2. Cass., 27 avril 1849, Bull. n. 94.

à aucune condition ni forme particulière ; que la conviction du juge peut se former, conformément au droit commun, de tous témoignages, dispositions, rapports et procès-verbaux de nature à établir à ses yeux que les prévenus ont été surpris *in ipsâ turpitudine* [1] ».

1657. Quant aux faits qui constituent le flagrant délit, nous avons essayé précédemment de les préciser autant qu'il est possible [2] ; la loi, du reste, les a abandonnés à l'appréciation des tribunaux [3]. La déclaration de l'existence du flagrant délit est une déclaration en fait qui rentre exclusivement dans les attributions de la police correctionnelle, et qui ne peut motiver un recours en cassation, quels que soient les faits qui la fondent [4].

1658. Le complice, même surpris en flagrant délit, peut opposer comme un fait justificatif sa bonne foi, dans les deux cas suivants : 1° s'il a ignoré que la femme était mariée ; 2° s'il l'a rencontrée dans un lieu de débauche, et a pu la croire livrée à la prostitution.

L'ignorance complète du mariage de la femme ôte évidemment au fait du complice tout caractère de délit, suivant la maxime : *Sine dolo adulterium non committitur*. Les auteurs sont unanimes sur ce point : *Nec adulterium committi dicitur ab eo qui ignorat mulierem cum quâ se commisisset esse nuptam ; excusat ignorantia facti* [5] ; mais il faut que cette ignorance soit parfaitement établie.

Dans la deuxième hypothèse, il est également visible que le

1. Cass., 8 mai 1853, Bull. n. 153 ; 8 juill. 1864, Bull. n. 180 ; 27 avril 1866, Bull. n. 121.

2. V. *suprà*, n. 1311. — * * Comp. Alger, 19 juin 1877 ; S. 77. 2. 293 ; — Cass., 27 fév. 1879 ; Bull. n. 51.

3. * * Jugé que le flagrant délit d'adultère peut être prouvé par le témoignage du mari, en l'absence d'opposition de la part du prévenu (Cass., 27 fév. 1879 ; Bull. n. 51).

4. Cass., 5 juin 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 286 ; arr. Pau, 29 sept. 1857, eod. loc., 1858, p. 63. — * * Cass., 15 nov. 1872 ; Bull. n. 273. — Comp. toutefois Cass., 27 fév. 1879 ; Bull. n. 51.

5. Farinacius, quæst. 141, num. 97 ; Jousse, t. 3, p. 281 ; Fournel, p. 96.

commerce qu'un homme a pu avoir avec une femme publique qui est mariée ne peut ouvrir contre lui l'accusation d'adultère. Telle était la décision de la loi romaine : *Si ea quæ stupro tibi cognita est et passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricis more vulgo se præbuit, adulterii crimen in eâ cessat* [1]. Julius Clarus étend même cette décision au cas où la femme aurait eu un grand nombre d'amants : *Habens rem veneream cum muliere etiam nuptâ, quæ cum multis rem carnalem habuerit, non potest puniri de adulterio, quia vilitas vitæ adulteræ eum a pœnâ adulterii excusat* [2]. Sans admettre cette dernière opinion, il est certain que le délit cesse quand la femme n'est qu'une prostituée ; car on ne peut plus reprocher au complice d'avoir violé la sainteté du mariage et porté le trouble et la désunion au milieu des époux.

§ V. — *Des peines de l'adultère.*

1659. Il serait inutile autant que fastidieux d'énumérer les peines, tantôt bizarres, tantôt ignominieuses, toujours rigoureuses, dont l'adultère était frappé chez les peuples anciens. La plupart de ces peuples, tels que les Parthes, les Lydiens, les Arabes, le punissaient de la peine capitale ; quelques-uns de la mutilation ; tous le flétrissaient par quelque infamante dégradation [3].

La législation romaine subit l'empire des mœurs. Romulus n'avait déterminé aucune peine contre l'adultère, mais il avait laissé le mari arbitre du sort de la femme coupable ; il fallait seulement, avant de prononcer la peine, qu'il prît l'avis de ses plus proches parents. *Uxor si qua autem peccasset,*

1. L. 22, C. ad leg. Jul. De adulteriis. Le mépris du peuple romain pour ce commerce ressort d'une sentence de Paul, qui est ainsi conçue : *Cum his quæ publicè mercibus vel tabernis exercendis, procurant, adulterium fieri non placuit.* Paul. Sent., l. 2, l. 26, § De adulteriis.

2. § Adulterium, add. num. 27.

3. Voy. Tiraqueau, Leg. connub.; lib. 13, num. 1, add. n. 27 ; Damhouderius, cap. 89, n. 54 et seq.

ipsum qui injurias passus erat, judicem habebat qui pœnœ magnitudinis erat arbiter : *de hujusmodi criminibus cognati cum ipso cognoscebant*[1]. Cet usage se maintint sous la république, et il paraît, d'après un passage de Tacite, que la peine actuellement prononcée était le bannissement[2]. La corruption croissante motiva des mesures plus sévères : la loi *Julia*, portée par Auguste, et dont nous n'avons plus que des fragments [3], modifia le système de répression ; l'adultère devint un crime public dont l'accusation fut permise à tous[4] : la peine fut la relégation.

Cependant Tribonien, dans les *Institutes*, atteste que la loi *Julia* avait introduit la peine de mort : *Lex Julia de adulteriis coercendis... temeratores alienarum nuptiarum gladio punit*[5]. Un grand nombre de textes et de monuments historiques ont démontré cette erreur : la peine de mort ne fut portée que par l'empereur Constantin. Justinien lui-même en fournit la preuve dans la novelle 134, cap. 10 : *Nonnulli tamen principes ante Constantinum pœnam legis Juliœ quandoquè auxerunt, feceruntque capitalem ; sed id contingit tantùm extra ordinem et ex causâ speciali.* On a objecté la loi 18 au Code *de transactionibus*, par laquelle les empereurs Dioclétien et Maximien permettent de transiger sur les crimes capitaux, *excepto adulterio*, d'où l'on a conclu que ce crime était capital avant Constantin ; Cujas a répondu, et son opinion paraît très probable, que ces mots avaient été ajoutés par Tribonien [6]. Constantin substitua donc la peine de mort à la relégation : *Sacrilegas autem nuptiarum gladio punire*

1. Denys d'Halicarnasse, liv. 2, ch. 4.

2. Adulterii graviorem pœnam deprecatus ut, exemplo majorum, à propinquis ultrà ducentesimum lapidem removerentur, suasit. Tacit Annal., lib. 2.

3. Brisson, ad leg. Jul. de adult., lib. singul.

4. Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus, sine aliquâ legis interpretatione, conceditur. L. 30 au C. ad leg. Jul. de adulter.; l. 2, § 8 et 9, Dig. eod. tit.

5. Inst. lib. 4, de publicis judiciis, § 4. Pauli Sententiæ, lib. 2, tit. 26, § 14.

6. L. 6, Observ., cap. 11, et lib. 19, cap. pen.

oportet[1] ; mais il restreignit en même temps le droit d'accusation aux plus proches parents : *Proximis accessoriisque personis quos verus dolor ad accusationem impellet*[2]. Il en exclut rigoureusement les étrangers : *Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus*, par la raison qu'ils abusaient de cette faculté pour porter le trouble dans les mariages : *Nonnulli protervè id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant.*

Justinien modifia cette peine, mais en ce qui concerne les femmes seulement : la novelle 134 ordonna qu'elles seraient fustigées et enfermées dans un monastère, d'où le mari pouvait pendant deux ans les retirer ; après ce terme, elles prenaient le voile : *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium mitti, et si quidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere... Si vero prædictum tempus transiverit, aut vir priusquàm recipiat mulierem moriatur, tonderi eam et monachi habitum accipere et habitare in ipso monasterio, in omni propriæ vitæ tempore*[3]. La peine à l'égard du complice continua d'être la mort.

1660. En France, l'adultère, d'abord puni, suivant la loi des Francs, d'une simple peine pécuniaire, ne tarda pas à subir l'empire du droit romain : un capitulaire de Charlemagne prononce la peine de mort : *Sub pœnâ capitali adulteria in regno nostro à quibuscumque fieri prohibemus*[4]. Néanmoins il ne paraît pas que cette peine ait été longtemps appliquée ; les désordres du temps substituèrent à la loi générale des châtiments dont il est difficile d'indiquer la source. On voit, dans les diverses coutumes, que les coupables étaient condamnés, suivant la localité, *soit à courir tout nuds dans un certain espace de la seigneurie, soit à payer cent sols au seigneur, soit à être fustigés par la ville.* On cite

1. L. 30 au Cod. ad leg. Jul. de adulteriis.
2. *Ibid.*
3. V. 134, chap. 10, auth. *Sed hodiè*, au Cod. ad leg. Jul. de adulteriis.
4. Baluze, lib. 5, cap. 325.

des arrêts qui prononcent la peine du fouet et du bannissement, d'autres celle de mort; mais, vers le XVI[e] siècle, les auteurs commencent à enseigner et les parlements à suivre les dispositions de la novelle. « Aujourd'hui, dit Jousse, la jurisprudence qui s'observe en France est qu'à l'égard de la femme adultère, on suit dans toute sa rigueur la novelle 134, cap. 10, et l'authentique *sed hodiè* du Code *ad leg. jul. de adulteriis*. On a seulement retranché la peine du fouet. Ainsi on condamne la femme à être authentiquée, c'est-à-dire à être renfermée dans un couvent pendant un temps pendant lequel son mari peut la revoir et la reprendre ; sinon, ledit temps passé, elle est condamnée à être rasée et voilée sa vie durant [1]. »

1661. Le Code de 1791 avait gardé le silence sur l'adultère. Notre Code pénal a suppléé à cette lacune, et changé en même temps le précédent système de répression. L'art. 337 porte : « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. » L'art. 338 ajoute : « Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de 100 francs à 2,000 francs. »

Ces peines, avec leur nature et leur durée, se retrouvent à peu près dans les diverses législations modernes. Le Code autrichien porte, dans l'article 267 de la 2[e] partie : « Toute personne mariée qui commet un adultère, ainsi que la personne libre avec laquelle l'adultère a été commis, sont condamnées à l'arrêt d'un à six mois [2]. » L'article 250 du Code du Brésil prononce contre la femme et contre le complice la peine de la prison avec travail pendant un an à trois ans. Les lois pénales de Naples portaient la prison du deuxième au troisième degré, c'est-à-dire depuis sept mois jusqu'à cinq

1. Tome 3, p. 215.

2. ** L'art. 172 du Code pénal allemand est ainsi conçu : « L'adultère, lorsqu'il aura entraîné le divorce, sera puni, à l'égard du conjoint coupable et de son complice, d'un emprisonnement de six mois au plus. — La poursuite n'aura lieu que sur plainte.

ans ; le complice est en outre puni d'une amende de 50 à 500 ducats.

1662. Quelques tribunaux ont pensé que les peines prescrites par les articles 337 et 338 ne peuvent être modifiées en vertu de l'article 463, lorsque le délit présente des circonstances atténuantes ; il leur a paru que l'adultère était un délit spécial qui échappait aux règles générales du Code, et restait passible de toutes les peines portées contre lui par la loi. Aucun terme du Code ne justifie une telle exception. Le principe d'atténuation consacré par l'article 463 est général, et s'étend à tous les délits prévus par le Code pénal. Sans doute il est permis aux juges de ne pas déclarer les circonstances atténuantes qui sont la condition de son application, et peut-être ne doivent-ils faire usage qu'avec réserve de cette faculté dans les poursuites pour adultère ; mais, en thèse générale, on ne saurait en exclure ce délit ; il est soumis à toutes les règles qui dominent le Code ; il subit, en cas de récidive, l'aggravation pénale ; il doit aussi profiter des atténuations que sa perpétration peut offrir, et l'on doit ajouter que sa criminalité est nécessairement sujette à toutes les modifications qui résultent de l'âge, de la position sociale, de l'éducation, du mariage.

1663. La volonté du mari peut mettre un terme aux peines prononcées contre sa femme. Le deuxième paragraphe de l'article 337 porte : « Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. » L'orateur du Corps législatif expliquait cette disposition en ces termes : « Par la nature presque privée de ce délit, ou plutôt par la puissance domestique dont est investi le mari, ce dernier restera toujours le maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre son épouse. Il pourra, en la reprenant chez lui, se livrer au plaisir de lui pardonner, et jouira dans toute sa plénitude du droit de faire grâce, et de resserrer les liens de l'amour par ceux de la reconnaissance. » Nous avons vu plus haut que cette disposition existait déjà dans la novelle de Justinien.

La seule question à laquelle elle peut donner lieu est de savoir si le complice doit profiter de la grâce accordée par le

mari à sa femme. La négative est évidente. L'article 337 a restreint le droit qu'il défère au mari aux seules peines de la femme, et cette disposition exceptionnelle doit être renfermée dans ses termes. D'ailleurs, la raison de la loi n'existe plus : si le désistement du mari, intervenu avant que la condamnation de la femme soit définitive, profite au complice, c'est qu'il n'existe point encore à cette époque une certitude judiciaire de l'adultère, et qu'il importe que cette certitude ne soit pas acquise. Mais, quand la condamnation est définitive, il n'existe aucun moyen d'étendre les effets du pardon de l'un à l'autre, et la société réclame contre le complice l'exécution d'une peine qui ne saurait nuire à la réunion des époux. C'est aussi dans ce sens que cette question a été jugée par la Cour de cassation [1].

1664. Dans plusieurs espèces où l'adultère était environné des circonstances les plus odieuses, les tribunaux n'ont pas trouvé, dans les peines portées par les articles 337 et 338, une répression suffisante du délit : ils ont condamné le complice à des dommages-intérêts envers le mari. Cette jurisprudence, sanctionnée par la Cour de cassation [2], n'a pas paru à quelques auteurs conforme au texte et à l'esprit de la loi : « La loi, dit M. Bedel, n'attribue pas expressément au mari le droit de demander des dommages-intérêts au complice, à titre de réparation de son déshonneur, que l'argent ne réparerait pas. Mais il pourrait en réclamer, si, par exemple, l'éclat de son procès lui avait causé un dommage réel, en le forçant à changer de résidence [3]. » M. Carnot est plus absolu encore : « La loi, dit-il, n'accorde de dommages-intérêts au mari ni contre sa femme ni contre son complice : elle fait uniquement perdre à la femme les avantages que le mari lui aurait faits [4]. » Lorsque, par suite d'un duel, une

1. Cass., 17 janv. 1829, Bull. p. 29.

2. Cass., 5 juin 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 285; et Cass., 17 janv. 1829, *ibid.*, p. 274.

3. Nouveau Traité de l'adultère, p. 106.

4. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 182.

famille perd son soutien, son appui, la jurisprudence lui accorde des dommages-intérêts. Cependant le duel est un combat où chacun risque sa vie ; celui qui se bat en duel est protégé par ce qu'on appelle le point d'honneur. Mais l'adultère qui cherche l'ombre, l'adultère qui ne craint pas de blesser un époux dans son amour-propre, sa propriété, son amour, comme l'a dit M. Monseignat, l'adultère qui viole tous les droits, qui cause un préjudice tellement grave, qu'on a été jusqu'à soutenir que ce préjudice ne pouvait être réparé parce qu'il est irréparable ; l'adultère qui a jeté le trouble au sein de la famille, qui a souvent armé la main des époux, l'adultère ne verrait pas sa fortune exposée à réparer le crime qu'il commet ! Que les tribunaux sachent appliquer avec sévérité un châtiment qui paraîtra pénible, qu'ils condamnent l'adultère à des dommages-intérêts : ce sera pour la victime une triste compensation, mais il y aura privation pour le coupable. La jurisprudence anglaise a admis ces condamnations même rigoureuses ; il est une foule d'exemples où, pour une *conversation criminelle*, des Anglais ont été condamnés à des sommes considérables de dommages-intérêts : en 1826, l'héritier d'une des premières familles d'Angleterre fut condamné à 150,000 francs de dommages-intérêts. L'opinion de MM. Carnot et Bedel est contraire au texte même de l'article 1382 du Code civil, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui a causé un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Il est bien incontestable que l'époux victime de l'adultère éprouve un dommage réel ; c'est donc aux tribunaux à apprécier ce dommage, soit en annulant les dons faits par l'un ou l'autre époux, soit en prononçant contre le mari, contre la femme ou contre le complice, une réparation pécuniaire proportionnée à la fortune des deux époux. Ils doivent toutefois repousser les demandes présentées par esprit de lucre et de spéculation, ou résultant d'un concert frauduleux ; ils doivent ne se servir qu'avec réserve et sagacité du puissant moyen de répression que la loi a laissé à leur disposition. Exercée dans de certaines limites, et appuyée sur la conscience publique, cette faculté illimitée attribuée aux juges de pro-

noncer une réparation civile peut produire des effets utiles à la morale et à l'ordre social.

1665. Une question reste à notre examen. Suivant l'exemple de la loi, nous avons nommé complice le coauteur de l'adultère ; les véritables complices du délit, dans le sens de l'art. 60 du Code pénal, sont ceux qui ont favorisé sa perpétration en fournissant les moyens de le commettre. Ces complices peuvent-ils être mis en cause ? peuvent-ils devenir passibles des peines de la loi ? Dans le droit romain, cette question n'était pas douteuse : le mari pouvait comprendre dans son accusation ceux qui avaient favorisé l'adultère, en prêtant leur maison pour le consommer : *Sed et si in domum aliquam solitus fuerit convenire ad tractandum de adulterio, etsi eo loco nihil fuerit admissum, verumtamen videtur is domum suam ut stuprum adulteriumve committeretur præbuisse, quia sine colloquio adulterium non committeretur* [1]. Les femmes étaient comprises dans ces termes aussi bien que les hommes : *Mulieres quoque hoc capite legis, quod domum præbuerint, ut pro comperto stupro aliquid acceperint, tenentur* [2]. Ceux mêmes qui avaient reçu de l'argent pour ne pas découvrir au mari les désordres de sa femme pouvaient être poursuivis dans la même accusation : *Quilibet ob conscientiam stupri accepit aliquid, pœnâ erit plectendus* [3]. Ces décisions étaient suivies dans notre ancien droit. Julius Clarus range l'instigateur sur la même ligne que le délinquant : *Mandans adulterii debet puniri de ordine et consilio eâdem pœnâ quâ punitur adulter* [4]. Farinacius exprime la même règle, mais à l'égard seulement de celui qui prête sa maison : *Adulterii pœna habet locum in eo qui ad adulteria committendum suam domum accommodat* [5]. Enfin, Jousse atteste que telle était l'ancienne jurisprudence. « Les complices du crime d'adultère, dit-il, doivent être punis comme ceux qui sont coupables d'adul-

1. L. 9, 10 et 20, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
2. *Ibid.*
3. *Ibid.*
4. § Adulterium, suppl., n. 73.
5. Quæst. 141, n. 49.

tère. Tels sont ceux qui favorisent ces sortes d'entrevues, qui les ménagent par leurs intrigues, ou qui prêtent leur maison à cet effet [1]. » Notre droit nouveau a-t-il renversé cette règle consacrée par une si longue pratique ? a-t-il fait une exception à la disposition pénale qui saisit tous les complices des crimes et des délits, en faveur des complices du délit d'adultère ? Nullement; il est muet sur ces complices; que faut-il en conclure? Le Code a-t-il parlé des complices des autres crimes? Ne s'est-il pas contenté, par une disposition générale, d'assimiler les complices aux auteurs principaux, de les déclarer passibles des mêmes peines ? Le droit commun est donc la punition des complices, dès que la part qu'ils ont prise au délit présente les caractères prévus par l'art. 60 du Code pénal. Pour les soustraire à cette disposition, il faudrait un texte spécial qui n'existe pas. La loi permet donc de les comprendre dans les poursuites, en les soumettant toutefois aux règles spéciales qui dominent ces poursuites, et telle est aussi l'opinion énoncée par M. Bedel, dans son Traité de l'adultère [2].

1666. La concubine du mari peut-elle être poursuivie pour complicité du fait d'adultère imputé à celui-ci ? Cette question, que nous avons déjà effleurée nº 1662, a été résolue affirmativement par un arrêt qui porte : « que les dispositions des art. 59 et 60 sont générales et s'appliquent à tous les crimes et délits, à moins d'une dérogation spéciale de la loi ; que toute dérogation au droit commun doit être strictement renfermée dans son objet ; que les art. 336, 337 et 338 ne sont relatifs qu'à l'adultère commis par la femme ; que le délit de l'art. 339 ne résulte pour le mari que du fait d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale ; que ces deux délits ne sont pas identiques ; qu'ils diffèrent entre eux par des circonstances constitutives, sans lesquelles la violation de la foi conjugale par le mari n'est pas réprimée, tandis qu'elle l'est à l'égard de la femme ; que les conséquences possibles de l'un et de l'autre délit ne sont pas les mêmes

1. Tome 3, p. 228.
2. P. 89 et 90.

au point de vue de la famille, et qu'enfin ils ne sont pas punis des mêmes peines ; qu'il suit de là que les dispositions spéciales relatives à l'un de ces délits ne sauraient être étendues à l'autre ; que, d'ailleurs, si les art. 336, 337 et 338 contiennent diverses dispositions spéciales, néanmoins ces articles se réfèrent implicitement et nécessairement au droit commun pour les points sur lesquels ils gardent le silence, notamment pour le mode de preuve du délit contre la femme prévenue d'adultère ; qu'il en est de même de l'art. 339, notamment pour la complicité, dont il n'a rejeté ni modifié les caractères ou les effets ; qu'en outre ledit art. 339 dispose spécialement, sur les conditions de la poursuite, qu'il la subordonne à la plainte de la femme, comme l'art. 336 la subordonne à la plainte du mari ; que, ne contenant ou ne reproduisant pas d'autres dispositions dérogatoires au droit commun, il les exclut par là même ; que la coopération aux actes qui consomment la violation de la foi conjugale, avec les circonstances exprimées audit article, constitue un cas de complicité, aux termes de l'art. 60 [1]. »

1667. Les peines du délit peuvent-elles être appliquées lorsque les faits ou quelques-uns des faits ont été commis en pays étranger ? « Cette question avait été résolue négativement [2] sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 27 juin 1866 [3]. »

1. Cass., 16 nov. 1855, Bull. n. 359.

2. ** Cass., 31 août 1855; Bull. n. 308.

3. ** Cette solution s'est trouvée nécessairement modifiée par la loi du 27 juin 1866, au moins dans les cas où les conditions prévues par cette loi sont réunies.

CHAPITRE LIX.

DE LA BIGAMIE.

(Commentaire de l'art. 340 du Code pénal.)

1668. Caractères généraux du crime de bigamie.
1669. Peines dans l'ancien droit.
1670. Peines dans la législation moderne.
1671. Eléments du crime dans l'art. 340.
1672. Il faut d'abord que l'agent ait été engagé dans les liens d'un premier mariage.
1673. Que faut-il décider si le premier mariage, entaché de nullité, n'a pas été déclaré nul par le juge?
1674. Il faut, en deuxième lieu, que le second mariage ait été contracté avant la dissolution du premier.
1675. La célébration n'est pas indispensable: la tentative suffit.
1676. Il faut, en troisième lieu, que l'agent ait agi avec dol ou mauvaise foi.
1677. Quelle est la juridiction compétente pour prononcer sur la validité du mariage? Compétence des tribunaux répressifs sur les questions préjudicielles.
1678. Examen de cette question en ce qui concerne le second mariage.
1679. Examen en ce qui concerne le premier. La question de validité du premier mariage doit être portée devant les tribunaux civils.
1680. Arrêts qui déclarent que les nullités des premiers mariages appartiennent aux tribunaux civils.
1681. Compétence du juge criminel pour apprécier s'il y a lieu de renvoyer la question au juge civil.
1682. Mais le juge criminel peut-il distinguer entre le cas où la nullité est absolue et celui où elle est relative.
1683. Questions relatives à la poursuite. Renvoi.

1668. Le crime de *bigamie* consiste dans le fait de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier.

L'intérêt social qui s'attache à la répression de ce crime est évident : sous notre loi religieuse et dans notre droit

civil, l'unité du mariage est la base de la famille, et tous les actes qui tendent à briser les liens de la famille attaquent la société elle-même, Quelques doutes seulement ont pu s'élever sur l'immoralité intrinsèque du fait considéré en lui-même ; en effet, plusieurs peuples de l'antiquité avaient consacré la polygamie dans leurs lois; quelques nations modernes l'admettent encore. Cette action n'est donc pas réprouvée par la morale universelle ; sa criminalité varie donc avec les mœurs et les lois. Nous croyons que, pour répondre à cette objection, il n'est pas nécessaire d'entrer dans l'examen d'une question peu difficile sans doute, mais étrangère à notre sujet. Il importe de distinguer avec soin l'acte de la polygamie commis chez les peuples qui l'admettent, et le même acte commis chez ceux qui le défendent. Chez les premiers, en effet, le second mariage, quelle que soit sa moralité intrinsèque, n'entraîne ni la ruine d'une première famille, ni le parjure, ni l'adultère, ni la fraude. Chez les autres, au contraire, il n'est pas seulement une offense à la loi qu'il enfreint, il blesse la morale parce qu'il emporte nécessairement l'abandon du premier époux et la violation de la foi jurée, la dissolution de la famille et l'adultère, le crime de faux et la fraude exercée à l'égard du second époux. Il est donc impossible de méconnaître ici une criminalité qui naît, non de la volonté arbitraire de la loi, mais de l'action elle-même et des circonstances qui l'accompagnent; elle ne se puise pas seulement dans la violation de la loi, mais dans les conséquences funestes de l'action, dans l'immoralité qu'elle suppose, dans les liens qu'elle brise et qu'elle forme à la fois.

1669. La plupart des peuples ont puni la bigamie. La loi romaine, jusqu'à Justinien, notait seulement d'infamie celui qui *suo nomine bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore constitutas habuit*[1]. Le christianisme exerça sa bienfaisante influence sur cette immorale législation ; mais la loi nouvelle abandonnait la peine à la volonté du juge: *Neminem qui sub ditione sit romani nominis binas uxores habere posse*,

1. L. 1, Dig. lib. 3, tit. 2, *De his qui notantur infamia*. Damhouderius, cap. 89, n. 123.

vulgo patet : cum etiam in edicto prœtoris hujusmodi viri infamiâ notati sint, quum rem competens judex insultam esse non patietur [1].

Cette loi, et plusieurs autres textes non moins vagues [2], avaient fait naître parmi les anciens auteurs la question de savoir de quelle peine ce crime devait être puni. Les uns proposaient les peines de l'adultère, puisque la bigamie contient ordinairement cette seconde infraction ; les autres n'appliquaient que les peines du stupre ; les autres, enfin, laissaient, comme la loi romaine, la peine à l'arbitraire du juge, suivant les circonstances, *pro admissâ qualitate* [3].

Notre ancien droit ne renfermait aucune disposition sur cette matière, mais la jurisprudence avait fini par poser des règles fixes. « On trouve dans le droit romain, dit Muyart de Vouglans, des lois particulières qui ont déclaré les peines de ce crime purement arbitraires, et les font dépendre proprement des circonstances. Telle est aussi la règle qui paraît avoir été suivie par notre ancienne jurisprudence ; car nous trouvons des arrêts qui se sont d'abord contentés de prononcer la seule peine d'infamie ; d'autres qui ont porté la peine jusqu'à celle de mort ; d'autres, enfin, qui, dans le cas où il y avait preuve de la bonne foi de la femme qui se serait remariée du vivant de son mari, qu'elle avait lieu de croire mort à cause de sa longue absence, bien loin de prononcer contre elle aucune peine, lui ont adjugé, ainsi qu'à ses enfants, tous les effets civils du mariage. La peine ordinaire de ce crime consiste à condamner les hommes aux galères, et les femmes au bannissement à temps ou à perpétuité ; les uns et les autres préalablement attachés au carcan, un jour de marché, savoir, les hommes avec deux quenouilles, les femmes avec deux chapeaux, portant chacun des écri-

1. L. 2, au C. de incest. et inutil. nupt.

2. L. 18, au C. ad leg. Jul. de adulter.

3. Menochius, de arbit. judic., casu 210 ; Julius Clarus, § Fornicatio, n. 30 ; Farinacius, quæst. 141, n. 3 à 9.

teaux devant et derrière, qui marquent le titre de leur condamnation [1]. »

1670. L'art. 33 du titre 2, sect. 2, du Code de 1791, était ainsi conçu : « Toute personne engagée dans les liens du mariage, qui en contractera un second avant la dissolution du premier, sera punie de douze ans de fers. » Les législations modernes n'ont point, en général, porté une pénalité aussi rigoureuse. Le Code « allemand » (art. 171) prononce contre les coupables la réclusion dans une maison de force ou correctionnelle pendant cinq ans « au plus ; en cas de circonstances atténuantes, la peine descend à l'emprisonnement pendant six mois au moins. » L'art. 187 du Code autrichien est ainsi conçu : « La peine de la bigamie est d'un an à cinq ans de prison ; et, si le coupable a tenu caché son état à la personne avec laquelle il a contracté le second mariage, il est condamné à la prison dure. » La loi napolitaine établit la peine de la réclusion (de 6 ans à 10 ans). La loi anglaise prononce la transportation pour sept ans ou l'emprisonnement avec travail pendant deux ans [2]. Les statuts de New-York permettent de prolonger l'emprisonnement jusqu'au maximum de cinq ans (tit. 5, art. 2, § 8). Enfin, l'article 249 de la loi brésilienne porte la prison avec travail d'un an à six ans, et une amende égale à la moitié de la durée de la peine.

1671. L'art. 340 du Code pénal est ainsi conçu : « Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. » Ce crime est très grave, en effet, dit l'exposé des motifs du Code ; il renferme tout à la fois l'adultère et le faux, car le coupable a déclaré faussement devant l'officier de l'état civil, et même attesté par sa signature, qu'il n'était point engagé dans les liens du mariage. L'orateur du Corps législatif ajoutait : « L'injure d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier n'est pas seulement concentrée dans l'enceinte

1. Lois crim., p. 225 ; Jousse, Traité de justice criminelle, t. 3, p. 52.
2. Stat. Georges IV, C. 31, § 22.

domestique ; c'est un crime social, une atteinte à l'ordre établi dans les familles, où de pareilles unions, d'après les lois qui nous régissent, porteraient le trouble, le désordre et la confusion : aussi ce crime est-il puni des travaux forcés à temps. »

Il suit de là que trois éléments sont nécessaires pour constituer le crime de bigamie :

Le lien d'un premier mariage ;

Le fait d'en contracter un autre avant la dissolution du premier ;

Le dol et la mauvaise foi, sans lesquels il n'existe pas de crime.

Ces trois conditions constitutives du crime exigent quelques explications.

1672. Il est évident, en premier lieu, que le crime de bigamie ne peut être commis qu'autant que l'agent était déjà engagé dans les liens d'un premier mariage. Ainsi, si ce mariage s'est dissous, soit par la mort naturelle, soit par l'effet d'une nullité radicale, avant la célébration du second, il n'y a plus de crime ; car c'est le fait d'un double mariage existant simultanément qui le constitue.

Il n'y aurait pas de crime, lors même que l'époux, au moment de la célébration de son second mariage, aurait ignoré la dissolution du premier ; car la loi n'exige point qu'il fasse la preuve qu'il connaissait cette dissolution : il suffit qu'elle ait existé au moment où le second mariage était contracté. A la vérité, l'agent, en le contractant, avait la pensée qu'il commettait un crime ; mais la loi pénale ne punit pas la pensée criminelle, lorsqu'elle n'est pas accompagnée des éléments matériels du crime [1].

1673. En est-il encore ainsi lorsque le premier mariage, bien qu'entaché de nullité, n'a pas encore été déclaré nul par le juge ? Il faut répondre affirmativement. La loi veut que l'agent soit déjà engagé dans les liens du mariage ; or un mariage n'impose un lien véritable qu'autant qu'il est valable-

1. Cass., 12 pluv. an XIII, Devill. et Car., 2, p. 64 ; Journ. du palais, t. 4, p. 377.

ment contracté ; s'il était entaché de nullité, il ne serait pas nécessaire qu'il fût dissous, comme la loi l'exige encore ; car on ne dissout pas un mariage nul, on déclare seulement qu'il n'existe pas. Et par quel motif la peine de la bigamie pourrait-elle être étendue à celui qui, après avoir contracté un mariage nul, en contracte un second avant que la nullité ait été déclarée par le juge ? Serait-ce en se fondant sur la présomption que le premier mariage est valide, en supposant sa légalité, tant qu'un jugement ne l'a pas annulé ? Mais que deviendra cette présomption, si l'accusé prouve et fait juger que ce mariage était nul, que cette nullité l'a entaché dès son principe, qu'il n'a jamais été un seul instant valable ? « Peut-on condamner un accusé, dit M. Merlin, avant que la preuve du crime qui lui est imputé soit acquise d'une manière irréfragable ? Non sans doute. Peut-on le condamner sans avoir la certitude que l'action qui constitue son crime prétendu ne perdra pas, par un événement qui peut survenir, le caractère du crime ? Non encore. Peut-on le condamner provisoirement ? Pas davantage. Cependant qu'arrivera-t-il si le condamné pour crime de bigamie faisait ensuite déclarer son premier mariage nul ? Certainement alors on serait forcé de reconnaître que le prétendu bigame a été condamné comme tel avant que son crime fût constaté ; qu'il a été condamné avant que l'action qui lui était imputée à crime fût irrévocablement jugée criminelle ; en un mot qu'il a été jugé provisoirement. Mais, tout en reconnaissant ces tristes vérités, quel remède aurait-on pour faire cesser une condamnation qui, par l'événement, se trouverait sans base ? La loi n'en a indiqué aucun, et les juges seraient sans pouvoir pour suppléer à son silence. Ainsi le condamné subirait la peine de bigamie, même après la preuve solennellement prononcée qu'il n'est pas bigame. Un système qui conduit à des résultats aussi absurdes ne peut pas être plus d'accord avec la loi qu'il ne l'est avec la raison et l'humanité [1]. » Ainsi la loi, en exigeant le lien d'un premier mariage, a donc voulu parler

1. Répertoire, v° Bigamie; réquis., Cass., 8 août 1811, Devill. et Car., 3, p. 390.

d'un mariage sérieux et valable ; ainsi il ne suffit pas que ce mariage subsiste si le prévenu oppose qu'il est entaché de nullité, et ce n'est qu'après que ces allégations ont été vérifiées qu'il peut devenir la base d'une condamnation [1].

1674. Le deuxième élément du crime de bigamie est le second mariage contracté avant la dissolution du premier ; c'est même ce mariage qui, à proprement parler, constitue seul le crime.

La validité de ce mariage n'est plus ici une condition substantielle du crime, il est nécessairement nul par cela seul qu'il en existe un premier ; mais il est nécessaire néanmoins qu'indépendamment de cette nullité radicale, il soit régulièrement contracté ; car un mariage irrégulier ne serait plus un mariage. Ainsi le mariage qui n'a pas été librement contracté, ou qui n'a pas été célébré publiquement, ou qui a été contracté par un condamné à la mort civile, ne pourrait devenir la base d'une condamnation pour bigamie ; car il n'y a pas réellement de mariage, et dès lors il n'y a pas de crime.

1675. Toutefois, si le second mariage doit être régulièrement contracté, sa célébration n'est pas indispensable à l'existence du crime [2]. En effet, la tentative de tous les crimes prévus par le Code pénal se trouve incriminée par l'art. 2 de ce Code, pourvu qu'elle réunisse les conditions nécessaires pour cet acte ; l'art. 3 n'exempte de cette règle que les faits qualifiés délits, et aucune disposition de la loi n'a étendu cette exception au crime de bigamie. La tentative légale de

1. Cass., 16 janv. 1826, Bull. p. 22; Devill. et Car., 8, p. 260.

2. **A notre avis, il n'est pas indispensable que le deuxième mariage ait été *régulièrement contracté* pour qu'il y ait tentative du crime de bigamie. Il y a, en effet, deux espèces de tentatives punissables : la tentative *suspendue* et *celle qui manque son effet* par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent. Or un deuxième mariage, même entaché de quelque nullité, autre que celle qui résulte de l'existence du premier, peut, dans certains cas, constituer une tentative ayant manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. (V. d'ailleurs *infra*, n. 1678.)

ce crime doit donc être punie comme le crime même [1].

Mais quelles sont les circonstances constitutives de cette tentative ? La Cour de cassation a répondu : « que la loi n'ayant point défini les circonstances qui forment le commencement d'exécution, en a confié l'appréciation aux jurés [2]. Cette attribution ne nous dispense pas d'en rechercher les éléments. Il faut distinguer d'abord les actes antérieurs qui tendent à préparer le mariage, et les actes d'exécution du mariage même. Ainsi la signature du contrat de mariage n'est point un acte d'exécution ; c'est ce que la Cour de cassation a reconnu par un arrêt portant : « que, relativement à la prétendue tentative de bigamie, cette tentative n'aurait pu résulter du contrat de mariage passé avant la dissolution du mariage existant, mais seulement de l'acte de mariage devant l'officier de l'état civil ou des faits préparatoires de cet acte, puisque le contrat de mariage, quoique contraire aux bienséances et à l'honnêteté publique, n'aurait jamais pu néanmoins former le délit d'attentat aux bonnes mœurs prévu par les lois [3]. »

Il en serait de même des publications requises par un individu déjà marié, pour arriver à un deuxième mariage [4]. En effet, les publications ne sont qu'un acte préparatoire du mariage ; elles n'en forment point partie intrinsèque, elles n'en commencent pas l'exécution.

La même décision doit s'appliquer à tous les actes qui précèdent la célébration. Mais si, au moment où cette célébration est commencée, quelque événement fortuit amène la découverte de la fraude, il est impossible de ne pas reconnaître les deux caractères de la tentative légale : le commencement d'exécution du crime, et sa suspension produite par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. L'accusé de bigamie doit donc, dans ce cas, et quand ces deux

1. Cass., 28 juill. 1826, Bull. n. 145.
2. Cass., 28 juill. 1826, Bull. n. 145.
3. Cass., 7 frim. an X, S.1.559 ; Journ. du palais, t.2, p. 371.
4. Arr. Angers, 29 mai 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 196.

éléments sont constatés, subir la règle générale du Code; sa tentative est punie comme le crime consommé.

1676. Le troisième élément du crime est le dol du prévenu. Aucun crime ne se conçoit sans une intention criminelle ; mais, dans cette matière plus que dans toute autre, il importe de définir cette intention.

Le Code de 1791 portait : « En cas d'exécution de ce crime (de bigamie), l'exception de la bonne foi pourra être admise, lorsqu'elle sera prouvée. » Notre Code n'a point répété cette disposition ; mais le législateur a expliqué les motifs de son silence : « Si les auteurs du projet, a dit l'orateur du Corps législatif, n'ont pas cru devoir reproduire textuellement cette exception, c'est moins pour la défendre que parce qu'il est inutile de l'énoncer ; elle est de droit commun ; elle est consignée dans ce principe antérieur à tous les Codes, que là où il n'y a point de volonté, il ne peut y avoir de crime. » Ainsi la seule conséquence qu'il faut tirer du silence du Code, c'est que l'accusé n'est plus recevable à proposer sa bonne foi comme une excuse légale ; c'est que cette excuse ne doit plus être posée au jury par une question séparée ; mais elle est implicitement renfermée dans la question de culpabilité, et si cette bonne foi est reconnue, l'accusé à cessé d'être coupable.

Mais en quoi consiste cette bonne foi ? C'est évidemment dans la certitude conçue par l'agent qu'il était libre au moment de son deuxième mariage ; car il n'y a que cette opinion qui puisse excuser son action. C'est ainsi que la Cour de cassation déclarait, sous le Code de 1791, « que la bonne foi dont parle la loi consiste, non dans les motifs, quelque forts qu'ils soient, qui peuvent déterminer à un second mariage pendant l'existence du premier, mais dans l'opinion raisonnable, fondée sur de très fortes probabilités, qui porte à croire à la dissolution du premier mariage [1]. »

1687. Ces principes posés, une question qui domine cette matière, quoiqu'elle appartienne plutôt à l'instruction crimi-

1. Cass., 24 frim. an XII, S.1.902; Journ. du palais, t. 3, b. 538.

nelle qu'au droit pénal, se présente à notre examen. Nous avons établi que l'existence du crime était subordonnée à la validité du premier mariage, à la régularité du second ; or, quelle est la juridiction compétente pour statuer sur l'un ou l'autre mariage, lorsqu'il est attaqué par le prévenu ? Cette question longtemps indécise, et sur laquelle la jurisprudence s'était divisée, ne laisse plus aujourd'hui aucun doute.

Remarquons, en premier lieu, qu'il ne s'agit ici que des nullités qui sont opposées par le prévenu, incidemment à l'instruction de la procédure criminelle, et comme fins de non-recevoir contre l'action publique. Il est, en effet, évident que les mêmes nullités qui seraient proposées par voie d'action principale, et indépendamment de tout délit, ne pourraient être portées que devant la juridiction civile.

En règle générale, tout juge compétent pour statuer sur un procès dont il est saisi devient également compétent pour statuer sur toutes les questions qui s'élèvent incidemment à ce procès. Cette règle, qui s'appuie sur la nécessité d'éviter les conflits et les lenteurs qui résulteraient des renvois d'une juridiction à une autre, était formellement écrite dans la loi romaine: *Quotiès quæstio statùs bonorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominùs apud eum, qui alioquin super causâ statùs cognoscere non possit, disceptatio terminetur* [1]. Si l'on applique ce principe aux matières criminelles, il en résulte que le juge auquel est attribuée la connaissance d'un délit doit être investi, par là même, du droit d'examiner tous les faits élémentaires de ce délit et de prononcer sur toutes les questions incidentes qui s'y rattachent. Cette attribution n'est que la conséquence nécessaire de sa juridiction, et la Cour de cassation a souvent reconnu cette règle dans les termes les plus formels, en déclarant : » que les tribunaux criminels, chargés d'instruire et de prononcer sur les crimes et délits, ont essentiellement caractère pour prononcer sur toutes les matières accessoires et incidentes qui s'y ratta-

1. L. 3, au C. de judiciis. V. aussi l. 1, au C. de ord. judiciorum.

chent et qui ne sont pas exceptées par la loi de leur juridiction ; qu'ils sont même compétents pour prononcer sur les questions de droit qui naissent de l'instruction et de la défense des parties, lorsque ces questions doivent modifier ou aggraver le caractère du fait de la poursuite et de la peine dont il peut être susceptible, quoiqu'ils fussent, par leur institution, incompétents pour prononcer sur ces mêmes questions de droit, considérées indépendamment du fait criminel et d'une manière principale [1]. »

Mais cette règle a de nombreuses exceptions. Telles sont les questions préjudicielles de propriété ; telles sont celles qui résultent de la violation de certains engagements civils, et dont l'examen doit, dans des cas définis par la loi, être renvoyé aux tribunaux civils avant que le juge criminel puisse prononcer sur le délit. Parmi ces exceptions, faut-il comprendre les moyens de nullité que l'accusé de bigamie oppose aux mariages qu'il a contractés ?

1678. Cette question doit être successivement examinée vis-à-vis de chacun des deux mariages. A l'égard du second, la Cour de cassation a décidé que, lorsque ce mariage est revêtu des formes extérieures de la loi, sa nullité ne couvre point le délit, et que dès lors il n'y a lieu à aucune question préjudicielle [2]. Cette opinion doit-elle être suivie ? Le prévenu peut opposer soit que le deuxième mariage n'existe pas, soit que ce mariage n'est pas valide. Dans la première hypothèse, il n'y a point de question préjudicielle : l'existence du second mariage, c'est le crime même, c'est le fait sur lequel repose l'accusation ; il est évident qu'il n'appartient qu'au jury de l'apprécier. Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire si l'existence du mariage n'est pas contestée, s'il a les formes extérieures de la loi, et s'il est seulement argué de nullité, cette allégation doit-elle former une question préjudicielle ? Il faut répondre négativement. Toutefois, il ne suffit pas de

1. Cass., 27 nov. 1812, Dall., t. 3, p. 497.

2. Cass., 19 nov. 1807, Devill. et Car., 2, p. 150 ; Journ. du palais, 3e édit., t. 6, p. 348.

dire à l'appui de cette opinion, avec M. Merlin[1] et M. Mangin[2], « que le juge criminel est compétent pour statuer sur les moyens de nullité qu'un accusé de bigamie peut opposer au mariage qu'il a contracté avant la dissolution du mariage précédent, puisque c'est ce mariage qui constitue le crime, et que l'exception de l'accusé tend à le faire disparaître ». La véritable raison de décider ainsi est que la nullité du second mariage ne fait pas nécessairement cesser la criminalité de l'agent ; qu'il suffit que celui-ci ait cru contracter un mariage valide, et que ce mariage ait les formes extérieures légales, pour que la tentative du crime de bigamie existe. Il suit de là que la question de la nullité du deuxième mariage ne peut être séparée de la question de la culpabilité de l'agent ; que ces deux questions se confondent en une seule, et qu'en posant au jury la question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir contracté un deuxième mariage avant la dissolution du premier, on lui demande s'il a contracté réellement ce deuxième mariage.

La Cour de cassation s'est aussi prononcée implicitement dans ce sens. Un accusé de bigamie prétendait que son second mariage était nul, parce que, au moment où il l'avait contracté, il était mort civilement, par suite d'une condamnation par contumace qu'il avait encourue. Ce moyen fut présenté devant la chambre d'accusation sous la forme d'une question préjudicielle, et cette chambre, sans s'arrêter à cette exception, prononça la mise en accusation. L'accusé se pourvut en cassation ; mais la Cour rejeta, « attendu que, lors du second mariage que le demandeur est accusé d'avoir contracté avant la dissolution de son premier mariage, il ne s'etait pas écoulé cinq ans depuis sa condamnation à mort par contumace ; qu'aux termes de l'art. 27 du Code civil et de l'art. 476 du Code d'instruction criminelle, la mort civile n'était donc pas encore acquise contre lui ; que son premier mariage n'était donc pas dissous lors du second[3]. » Cet arrêt

1. Rép. de jurisprudence, v° Bigamie.
2. Traité de l'action publique, t. 1er, p. 461.
3. Cass., 18 fév. 1819, Bull. n. 79; Devill. et Car., Coll. nouv., 6, p. 41.

reconnaît à la juridiction criminelle le droit d'apprécier et de juger le moyen de nullité invoqué contre le second mariage. Mais elle ne pourrait prononcer cette nullité hors la présence de la seconde femme et sans qu'elle fût appelée dans la cause [1].

1679. La solution doit-elle être la même en ce qui concerne les nullités que l'accusé peut diriger contre son premier mariage ? M. Merlin a résolu cette question négativement, dans un réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 8 août 1811 [2], et cette opinion a été également adoptée par M. Mangin [3]. Nous pensons qu'elle est conforme à l'esprit et au texte de la loi. En effet, d'après les termes des articles 188 et 189 du Code civil, l'époux au préjudice duquel un second mariage a été contracté peut en demander la nullité, et si l'époux attaqué oppose la nullité du premier mariage, *la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.* Ainsi, devant les tribunaux civils, la validité ou la nullité d'un premier mariage constitue une question d'état préjudicielle qui doit faire l'objet d'une instance séparée, et dont la décision doit précéder le jugement relatif à la validité du second mariage. C'est aussi dans ce sens que l'exposé des motifs du Code civil explique ces articles : « Un premier mariage non valablement contracté, a dit M. Portalis, ne peut légalement motiver la cassation d'un nouveau mariage valable ; conséquemment la question élevée sur la validité du premier mariage suspend nécessairement le sort du second. Cette question est un préalable qu'il faut vider avant tout. »

Or, si cette question a le caractère d'une question préjudicielle lorsqu'elle est soulevée devant les tribunaux civils, si elle doit former une instance principale lorsqu'elle est agitée incidemment à une action en nullité contre le second mariage, elle doit évidemment conserver le même caractère et être jugée dans les mêmes formes, lorsqu'elle surgit inci-

1. Cass., 29 mai 1846, Bull. n. 133.
2. Rép. de jurisp., v° Bigamie, n. 2.
3. Traité de l'action publique, t. 1er, p. 462.

demment à une action criminelle ; car elle ne change pas de nature par cela seul qu'elle est transportée d'une juridiction à une autre; et soit que l'époux défende à une action civile ou à une action criminelle, sa défense a la même base, la nullité du premier mariage contracté. Si donc, dans ce cas, cette exception doit former une instance principale et préjudicielle, il en doit être ainsi dans l'autre cas ; or la juridiction criminelle ne peut connaître, dans aucun cas, des questions de droit civil par voie d'action principale ; elle ne peut y statuer qu'incidemment aux poursuites dont elle est saisie ; il faut conclure que l'appréciation de la validité du premier mariage sort de sa compétence, puisque cette appréciation ne peut être faite incidemment. Cette juridiction doit surseoir à statuer sur l'accusation de bigamie, jusqu'à ce que les tribunaux civils aient prononcé sur la validité du mariage. Les art. 326 et 327 du Code civil, placés au titre de la paternité et de la filiation, ne font que confirmer cette pensée du législateur, qui n'a pas voulu abandonner aux tribunaux criminels la décision des questions d'état.

1680. La jurisprudence est conforme à cette doctrine. Dans une première espèce, le nommé Barbier, accusé de bigamie, avait excipé, devant la Cour de justice criminelle de Mont-Tonnerre, de la nullité de son premier mariage, et soutenu que cette nullité formait une question préjudicielle qui ne pouvait être jugée que par les tribunaux civils. La Cour de justice criminelle, adoptant ce déclinatoire, avait prononcé ce renvoi. Cet arrêt fut cassé par un premier arrêt de la Cour de cassation, qui déclarait : « qu'un mariage contracté devant les officiers chargés par la loi d'en recevoir l'acte est de droit réputé avoir été contracté régulièrement, et forme un lien civil jusqu'à ce que la nullité en ait été prononcée par les tribunaux compétents ; qu'il suffit pour constituer en bigamie et soumettre aux peines de ce crime celui qui, avant d'en avoir ainsi obtenu l'annulation, ou avant que sa dissolution légale ait été opérée par la mort ou par le divorce, se permet d'en contracter un second ; que l'arrêt de la Cour de justice criminelle de Mont-Tonnerre n'avait qu'à faire déclarer par le jury si le prévenu était engagé dans les liens d'un

premier mariage, lorsqu'il en avait contracté un second; que ces faits, qui ne présentaient aucune question de droit à décider, ne pouvaient constituer une question préjudicielle qui rentrât dans les attributions du tribunal civil et dût suspendre l'action de la justice criminelle [1]. » Cet arrêt consacre une double erreur, en décidant que le premier mariage doit être considéré comme valide, lorsqu'il n'a pas été annulé avant que le second ait été contracté, et que la validité de ce premier mariage ne forme pas une question de droit préjudicielle à la poursuite. La Cour de cassation s'est réformée, au reste, elle-même sur ces deux points; car saisie, dans la même affaire, d'un nouveau pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'assises de Rhin-et-Moselle qui avait jugé comme celle de Mont-Tonnerre, elle rejeta enfin ce second pourvoi par un arrêt portant: « qu'à l'ouverture des débats devant la Cour d'assises, le défenseur de l'accusé a contesté formellement l'existence d'un premier mariage; que rien, dans l'arrêt attaqué, ne détruit cette allégation dont il a été donné acte à l'accusé; qu'il y est même reconnu qu'aucun acte de célébration n'a été représenté; qu'en renvoyant, en cet état de l'affaire, devant les tribunaux civils pour faire juger la question préjudicielle que la défense de l'accusé faisait naître, celle de savoir s'il avait existé véritablement un premier mariage, la Cour d'assises a fait une juste application des dispositions du Code civil [2]. »

La même question s'est présentée une seconde fois. Le nommé Moureau avait contracté un mariage en l'an VI, et, pendant l'existence de ce mariage, il en avait contracté un second en l'an VIII; enfin, et lorsque le premier mariage se trouvait dissous par la mort de la première femme, il en contracta un troisième en 1823. Poursuivi en 1825, et lorsque son premier crime était couvert par la prescription, il fit valoir la nullité de son second mariage, qu'il fondait sur ce

1. Cass., 1er mars 1811, Devill. et Car., 3, p. 300; Journ. du pal., t. 9, p. 134.
2. Cass., 25 juill. 1811, Devill. et Car., 3.385; Journ. du pal., t. 9, p. 493.

qu'il avait été contracté à une époque où le premier existait encore. La Cour de cassation décida, après un premier arrêt de partage : « que les nullités du mariage doivent, aux termes des art. 187, 188 et 189 du Code civil, être portées devant les tribunaux civils, et ne peuvent être déclarées et prononcées que par eux[1]. » Cet arrêt, dont on doit toutefois limiter la décision aux nullités relatives au premier mariage, a fixé dans ce sens la jurisprudence[2].

1681. Il reste à savoir si les juges criminels ne sont pas du moins compétents pour apprécier si l'accusé est ou non recevable à se prévaloir de la nullité qu'il oppose à son premier mariage, et si, lorsqu'ils trouvent son exception dénuée de tout fondement, ils ne peuvent pas, sans renvoyer aux juges civils, passer outre à l'instruction et au jugement. Il semble qu'il serait difficile de leur refuser ce pouvoir : « Il y a, dit M. Merlin, une distinction à faire entre les fins de non-recevoir qui se rattachent à une action déjà formée devant un autre tribunal, et celles qui se rattachent à une action non encore formée ou pendante devant le tribunal devant lequel elles sont proposées[3]. » Dans ce dernier cas, les juges devant lesquels elles sont élevées doivent les examiner, et, s'il y a lieu, les rejeter ; autrement le prévenu pourrait arrêter à chaque pas l'action publique, en proposant les fins de non-recevoir les plus dénuées de fondement. Il faut bien d'ailleurs que le juge auquel l'accusé demande de surseoir à la poursuite puisse apprécier si ce sursis aurait une base légale. La jurisprudence est fixée sur ce point. Ainsi la Cour de cassa-

1. Cass., 16 janv. 1826, Bull. n. 10. — ** V. aussi Rennes, 23 janv. 1879 ; S.81.2.129.

2. ** La Cour suprême, dans sa célèbre note de 1813, faisait une distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives : les premières seules devaient donner lieu à renvoi ; parce que, la nullité relative fût-elle prouvée, le crime n'en résulterait pas moins du seul fait d'avoir contracté un second mariage avant d'avoir fait prononcer la dissolution du premier. — Mais cette distinction, qui reposait sur une notion inexacte des nullités absolues et relatives en matière de mariage, n'a pas été admise. (V. Cass., 13 avril 1867 ; S.67.1.341.) V. *infra* n. 1682.

3. Rép. de jurisp., vº Bigamie, n. 2.

tion a jugé que la simple allégation de l'accusé, qu'il n'a jamais contracté le mariage qu'on lui oppose, et que l'acte de célébration est un acte faux, ne suffit pas pour faire surseoir à la poursuite : « attendu qu'il aurait fallu, pour donner quelque consistance à ce moyen de défense, qu'il se fût inscrit positivement en faux contre cet acte de célébration ; qu'en s'abstenant de prendre cette voie, il s'est mis hors de mesure d'opposer comme ouverture de cassation la violation des art. 189 du Code civil et 456 de la loi du 3 brumaire an IV[1]. » Dans une seconde espèce, la même Cour a reconnu que la chambre d'accusation a le droit d'examiner si les nullités opposées par le prévenu à son premier mariage n'ont pas été couvertes, et s'il est encore recevable à s'en prévaloir. L'arrêt porte : « que les nullités proposées par le prévenu contre son premier mariage étaient couvertes, d'après les termes de la loi du 20 septembre 1792 et du Code civil ; et qu'en rejetant en conséquence l'exception prise de ces prétendues nullités, et en mettant par suite le prévenu en accusation comme prévenu de bigamie, la chambre d'accusation n'a contrevenu à aucune loi[2]. » Enfin, dans une troisième espèce, la Cour de cassation a décidé encore que l'accusé n'est pas recevable à proposer des nullités qui ne lui sont pas personnelles. L'arrêt déclare : « que les nullités alléguées par le réclamant contre son premier mariage, devant la chambre d'accusation et devant la Cour d'assises, n'étaient pas absolues ; qu'elles étaient purement relatives à ses père et mère, pour réclamer l'annulation de ce premier mariage ; et que, dès lors, la chambre d'accusation, en déclarant expressément, et la Cour d'assises en jugeant implicitement que le demandeur en cassation était non recevable à faire valoir ces nullités pour repousser l'accusation de bigamie, n'ont violé aucune loi[3]. »

1682. Mais le juge criminel peut-il faire une distinction entre les nullités proposées par l'accusé, séparer celles qui sont

1. Cass., 2 avril 1807, S.2.366.
2. Cass., 2 août 1811, S.3.390 ; Journ. du pal., t. 9, p. 530.
3. Cass., 17 déc. 1812, Devill. et Car., 4, p. 247 ; Dall., t. 2, p. 243.

absolues et celles qui sont *relatives,* et n'accueillir que les fins de non-recevoir qui se fondent sur les premières? La Cour de cassation a décidé cette question par l'affirmative [1], et deux auteurs, M. Bourguignon [2] et M. Carnot [3] ont adopté cette décision. La raison sur laquelle elle se fonde est que l'exception d'une nullité relative, fût-elle prononcée, ne détruirait point l'accusation, parce que si le mariage pouvait être dissous par un jugement sur cette nullité, il n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux ; que le prévenu se trouvait donc jusqu'alors engagé dans le lien du premier mariage, et que dès lors il n'y a lieu ni à surseoir ni à renvoyer à d'autres juges pour le jugement d'une question indifférente à la solution du fond. M. Mangin a combattu cette distinction [4], et son opinion nous semble se rapprocher davantage des principes de la matière.

En effet, pour quelle raison serait-il interdit à l'accusé d'invoquer une nullité relative lorsqu'elle n'a pas été couverte ? Cette nullité ne peut-elle pas entraîner, aussi bien que si elle était absolue, l'annulation de son mariage ? Et si ce mariage peut être annulé, comment deviendrait-il la base d'une condamnation pénale ? Supposez qu'avant la poursuite pour bigamie il ait obtenu, en se fondant sur cette nullité, l'annulation du mariage, cette poursuite pourrait-elle encore être exercée ? Supposez que l'annulation intervienne au milieu des actes de poursuite, ne cesseront-ils pas aussitôt? Or, si l'annulation fait disparaître le crime, comment l'allégation de nullité qui peut produire cette annulation ne suspendrait-elle point la poursuite ? On objecte que le mariage qui n'est entaché que d'une nullité relative est soutenu par une présomption de validité jusqu'à sa dissolution; mais cette présomption

1. Cass., 17 nov. 1807, Devill et Car., 2, p. 450 ; Dall., t. 2, p. 247; et 26 août 1819, non imprimé. — * * Mais elle est revenue sur cette jurisprudence dans l'arrêt que nous avons cité, du 13 avril 1867 ; S.67.1.341.

2. Tome 1er, p. 38.

3. Tome 1er, p. 93.

4. Traité de l'action publique, tome 1er, p. 474.

n'existe-t-elle pas aussi à l'égard des mariages entachés de nullité absolue ? Ne faut-il pas aussi un jugement pour reconnaître la nullité, et déclarer la non-existence du mariage ? Dans l'un et dans l'autre cas, les juges civils ne font que déclarer une nullité subsistante au moment du deuxième mariage, et dès lors destructive du crime de bigamie ; l'exception tirée de cette nullité, qu'elle soit absolue ou relative, et dès qu'elle peut opérer l'annulation, forme donc une question préjudicielle qui doit entraîner le sursis de la poursuite criminelle.

En résumé, si les simples allégations du prévenu touchant les nullités dont son premier mariage peut être entaché ne suffisent pas pour obliger le juge criminel à surseoir à la poursuite ; s'il faut, en outre, que la nullité alléguée rentre dans les cas prévus par la loi, et que le prévenu soit recevable à la proposer, la mission de ce juge ne va pas néanmoins jusqu'à distinguer la nature de la nullité proposée, et il ne peut, sans excès de pouvoir, refuser de surseoir sous prétexte que cette nullité ne serait que relative, et que sa déclaration ne rétroagirait pas sur des faits consommés.

1683. Nous avons dû nous arrêter à examiner ces difficultés, quoiqu'elles semblent se rattacher plus spécialement à la procédure, parce qu'elles tiennent en même temps aux éléments du crime, et que leur examen nous a servi à déterminer ces éléments avec plus de précision. Quant aux autres questions qui ont également surgi de la poursuite du crime de bigamie, mais qui sont exclusivement relatives à la forme de cette poursuite, elles sont étrangères à notre livre, et nous ne devons point nous en occuper[1].

1. V. notre traité de l'inst. crim., t. II et VIII.

CHAPITRE LX.

DES ARRESTATIONS ET SÉQUESTRATIONS DE PERSONNES PAR DES PARTICULIERS.

(*Commentaire des art.* 341, 342, 343 *et* 344 *du Code pénal.*)

1684. Du crime de chartre privée dans le droit romain.
1685. Ancienne législation française sur cette matière.
1686. Distinction du Code pénal et disposition de l'art. 341. Cet article ne s'applique qu'aux attentats des particuliers.
1687. Éléments du crime. Modes de son accomplissement.
1688. Application de l'art. 341 par la jurisprudence.
1689. Le crime ne peut résulter que d'une intention frauduleuse.
1690. Comment la question doit être posée au jury. L'illégalité de la détention est une question de droit.
1691. Dans quels cas les particuliers peuvent arrêter ou détenir des tiers sans qu'il y ait crime.
1692. Dans quels cas le mari peut être poursuivi pour séquestration de sa femme.
1693. Si les agents de la force publique, qui abusent de leurs fonctions, rentrent dans les termes de l'art. 341.
1694. L'article leur est applicable s'ils ont agi en dehors de leurs fonctions.
1695. Des complices et de ceux qui ont fourni un lieu de détention.
1696. Excuse légale tirée de ce que la détention a duré moins de dix jours (art. 343).
1697. Circonstances aggravantes du crime : durée de plus d'un mois de la détention.
1698. Arrestation avec un faux costume ou un faux ordre.
1699. Arrestation avec menaces de mort.
1700. Détention accompagnée de tortures corporelles.
1701. Le complice qui a prêté le lieu de la détention doit-il subir l'effet de l'atténuation ou de l'aggravation qui affecte l'auteur principal ?

1684. Le crime de *chartre privée* était placé par la loi romaine au nombre des crimes de lèse-majesté, parce qu'il renfermait une usurpation de pouvoir, parce que c'était

offenser le prince que d'exercer un acte que lui seul avait le droit d'accomplir, celui de priver les citoyens de leur liberté : *Personarum custodia ad solum principem pertinet* [1]. Telle était la rigueur de cette législation, que la peine de mort et celle de la confiscation des biens, applicables l'une et l'autre aux crimes de lèse-majesté, étaient étendues aux gouverneurs mêmes des provinces, qui auraient négligé de réprimer quelques détentions illégales : *Et quicumque provinciæ moderator majestatis crimen procul dubio incursurus est, qui, cognito hujus modi scelere, læsam non vindicaverit majestatem* [2]. Une constitution de Justinien vint adoucir ces peines ; elle y substitua une détention dans une prison publique, égale à la détention illégale qui avait été infligée par le coupable : *Constitutio habet privatas custodias non fieri, et eos qui fecerint pœnæ subjici et tot dies manere in publico carcere quot fuerit quis in privato ab eis inclusus* [3].

Mais cette législation confondait dans les mêmes dispositions l'abus de pouvoir des fonctionnaires qui détenaient des citoyens dans d'autres lieux que les prisons publiques, et le crime des particuliers qui, soit par vengeance, soit pour tout autre motif, attentaient à la liberté des personnes. Le texte de la loi s'applique, en effet, à ces deux hypothèses : *Jubemus nemini penitùs licere in quibuslibet imperii nostri provinciis vel in agris suis, aut ubicumque domi, privati carceris exercere custodiam* [4]. Toutefois, il y avait des exceptions : 1° en faveur de ceux qui n'avaient fait qu'exercer une puissance légale sur les personnes qu'ils avaient détenues : *Is tamen qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere qui jure suo utitur* [5] ; 2° en faveur des parents et des magistrats qui faisaient enfermer des fous furieux : *Furiosis, si non possint*

1. L. 9, au Dig. ex quibus caus. maj.
2. L. 1, au Cod. de privatis carceribus.
3. L. 2, *ibid.*
4. L. 1, *ibid.*
5. L. 1, § 2, au Dig. de homine libero exhibendo.

per necessarios contineri, eo remedio per præsidem obviam eundum est, sicilicet ut carcere contineantur, et ita Divus Pius rescripsit [1].

1685. Cette législation fut longtemps appliquée en France, et Muyart de Vouglans cite même un arrêt du conseil du 15 novembre 1608, qui fait défense de retenir des personnes dans les maisons privées, *à peine de la vie* [2]. Mais deux dispositions, bien qu'incomplètes, de l'ordonnance de 1670 sur cette matière, firent considérer les lois romaines comme inapplicables. L'art. 10 du titre 2 de cette ordonnance portait: « Défendons aux prévôts de faire chartre privée dans leurs maisons ni ailleurs, à peine de privation de leurs charges. » L'art. 16 du titre 10 ajoutait: « Les accusés qui auront été arrêtés seront incessamment conduits dans les prisons, sans pouvoir être détenus dans des maisons particulières... à peine d'interdiction contre les prévôts, huissiers ou sergents, de mille livre d'amende envers nous, et des dommages-intérêts des parties. » Ces dispositions n'étaient relatives qu'aux abus du pouvoir des officiers de justice, et gardaient le silence sur les attentats des particuliers. « Il en faut conclure, dit Muyart de Vouglans, que la loi laisse la punition de ceux-ci à l'arbitrage des juges [3]. » Telle était aussi la jurisprudence des cours de parlement.

On se rendait coupable du crime de chartre privée, suivant Jousse, toutes les fois que, par violence, on retenait quelqu'un enfermé dans une chambre ou autre endroit privé, ou lorsqu'on le faisait garder à vue pour l'empêcher de sortir, sans avoir aucune autorité pour le faire, ou enfin lorsqu'on tenait une personne liée ou enchaînée dans une chambre [4]. La peine était plus grave si la personne détenue avait été soumise à des tourments, à des supplices [5]. Mais la jurisprudence avait, comme la loi romaine, établi des exceptions à

1. L. 13, au Dig. de officio præsidis.
2. Lois crim., p. 155.
3. *Ibid.*
4. Traité de just. crim., t. 3, p. 283; Farinacius, quæst. 27, num. 8.
5. Farinacius, quæst. 27, num 11; Jousse, t. 3, p. 284.

l'égard des personnes qui avaient arrêté des malfaiteurs en flagrant délit ; à l'égard des pères et des maris, qui pouvaient détenir leurs enfants et leurs femmes par forme de correction ; enfin, à l'égard des parents, qui avaient le droit d'enfermer leurs parents insensés ou furieux [1].

1686. Notre Code pénal a séparé les attentats à la liberté qui sont commis par des fonctionnaires publics, et ceux qui sont commis par des particuliers : les premiers sont considérés comme des crimes contre la constitution, et prévus par l'art. 114 ; les autres sont rangés dans la classe des crimes contre les personnes. Nous avons rappelé, dans notre commentaire sur l'art. 114 [2], les nuances de criminalité qui distinguent ces deux faits, et leur assignent un degré différent de répression. L'orateur du gouvernement, en expliquant l'art. 341, disait : « Il ne s'agit point ici des arrestations illégales commises par des fonctionnaires publics ; cette matière est réglée par le titre 1er du 3e livre. Les dispositions actuelles n'ont trait qu'aux attentats à la liberté commis par des particuliers. »

L'art. 341 définit en ces termes le crime d'arrestation illégale : « Seront punis de la peine des travaux forcés à temps ceux qui, sans ordre des autorités constituées, et hors le cas où la loi ordonne de saisir des prévenus, auront arrêté, détenu, séquestré des personnes quelconques [3]. »

1687. Il faut distinguer dans ce crime le fait matériel et sa moralité. Le fait matériel peut s'accomplir par trois modes distincts, par *l'arrestation*, par *la détention* ou par *la séquestration* d'une personne. La loi, en effet, en énonçant ces trois

1. Jousse. t. 3, p. 285, et Damhouderius, cap. 64, n. 2.

2. V. notre tome 2, n. 520 et suiv. — * * V. aussi Bourges, 30 décembre 1870; S.71.2.167;.— Caen, 28 juin 1872; S.72.2.43.

3. ** Le Code pénal allemand prononce la peine de l'emprisonnement. Si la privation de la liberté a duré plus d'une semaine ou s'il en est résulté une lésion corporelle grave, c'est la peine de la réclusion pendant dix ans au plus; si la mort s'en est suivie, le minimum de la réclusion est de trois ans ; sauf, dans l'un et l'autre cas, les circonstances atténuantes qui font descendre la peine à l'emprisonnement avec un mois ou trois mois comme minimum (art. 239).

faits différents, n'a point subordonné la répression de chacun d'eux à la présence des deux autres; ce sont trois crimes analogues qui peuvent, soit se réunir dans un seul, soit se présenter isolément ; et, dans ces deux hypothèses, ils sont également compris dans les dispositions de l'article. La Cour de cassation a sanctionné cette interprétation en déclarant : « que ces expressions indiquent trois natures de crimes qui, quoique analogues, peuvent exister isolément, et n'en sont pas moins punissables et prévus par l'art. 341 ; qu'en effet, l'arrestation illégale peut exister comme crime, sans avoir été suivie de détention ni de séquestration, qui constituent elles-mêmes des crimes distincts qui rentrent dans les prévisions de l'article précité [1]. » Ainsi l'arrestation momentanée d'une personne, sans qu'elle ait été renfermée dans un lieu quelconque ; sa détention dans sa propre maison, et par conséquent sans qu'elle ait été précédée d'arrestation ; enfin, et à plus forte raison, sa séquestration dans un lieu solitaire, ces trois actes, identiques par leurs caractères, diffèrent par leur forme, constituent des crimes indépendants l'un de l'autre, mais se confondent dans la même incrimination.

1688. C'est par application de cette intréprétation qu'il a été jugé que la seule *détention* d'un enfant par ses parents, dans une partie de leur habitation, presentait les caractères de ce crime [2]. La Cour de Grenoble a pu décider également, en vertu du même principe, que le fait d'un attroupement séditieux, de se porter à la maison du commandant de la force publique, d'en occuper les portes intérieures, et d'empêcher que ce fonctionnaire pût communiquer au dehors, d'une façon quelconque, rentrait dans les termes de la loi [3]. Il a encore été jugé que le fait d'enlèvement d'une négresse libre dans une colonie française rentre nécessairement dans les termes de la loi, et le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait appliqué les art. 341 et 342 à ce fait, a été rejeté : « attendu

1. Cass., 27 sept. 1838, Devill. et Car., 1838.1.788; Journ. du dr. crim., 1838, p. 319.

2. Cass., 19 juin 1828, Dall. 28.1.297.

3. Arr. Grenoble, 17 avril 1832, S.32.2.387.

que la Cour d'assises du Sénégal a déclaré le demandeur coupable d'avoir, au mois de mars 1853, attenté à la liberté individuelle de Fatimata Seer, négresse libre, et d'avoir continué cet attentat pendant plusieurs mois ; qu'il ne s'agit pas dès lors d'une simple arrestation, mais d'une arrestation suivie de détention prolongée, et qu'ainsi le fait rentre expressément dans la définition des articles composant la sect. 5, chap. 1er, tit. 3, liv. 3 du Code pénal, et spécialement les art. 341 et 342 de ce Code ; que l'art. 3 du décret du 27 avril 1848 n'est relatif qu'à la possession par des Français en France ou en pays étranger des esclaves des pays où l'esclavage a été maintenu, et à l'obligation qui leur est imposée de s'en dessaisir dans le délai fixé par ce décret, et qu'il est étranger au fait de celui qui enlève aux personnes libres la liberté dont elles jouissent et les prive ainsi du premier et du plus précieux de leurs biens [1]. »

1689. Mais le fait matériel ne suffit pas pour constituer le crime : ici, plus qu'en toute autre matière, il y a lieu d'apprécier avec soin l'intention de l'agent, car il est possible que celui-ci ne soit pas, même en se portant à des actes arbitraires, animé de l'intention frauduleuse qui constitue le crime. Ainsi il a été décidé que l'art. 341 n'est point applicable au cas où, sur le motif pris de son état de démence, un individu est arrêté et déposé dans un établissement public consacré aux aliénés, ou dans un établissement privé, mais autorisé pour servir à la même destination, et considéré dès lors comme un lieu public : « attendu que si, de la part de celui qui a allégué l'état de démence, et qui, après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi du 30 juin 1838, relativemeut au placement volontaire des aliénés, a obtenu aussi l'admission du prétendu aliéné, il y a eu abus, cet abus ne peut donner lieu, suivant les cir-

1. Cass., 1er déc. 1854, Bull. n. 329. — ** Mais il ne saurait y avoir ni crime, ni délit d'arrestation arbitraire dans l'arrestation d'un député ordonnée à titre de mesure disciplinaire par le président de la Chambre, et exécutée par les questeurs et le chef des huissiers, conformément au règlement de la Chambre (Paris, 4 janv. 1881 ; S.81.2.65).

constances, qu'à une action civile en dommages-intérêts, ou à une poursuite soit pour complicité des délits prévus et punis par les art. 30 et 41 de la loi du 30 juin 1838, soit pour autres crimes ou délits qui pourraient résulter desdites circonstances [1] ».

1690. En général, il suffit que la personne n'ait pu se retirer librement pour qu'elle puisse être considérée comme ayant été arrêtée ou détenue : *Generaliter quocumque modo quis inclusus, seu non inclusus, cum vinculis vel sine vinculis retinetur, ut tamen recedere non possit, semper dicitur sub carcere privato inclusus* [2]. Les anciens auteurs pensaient même que le délit pouvait résulter du seul fait d'avoir retenu un individu dans la rue, de manière qu'il n'ait pas été libre de s'éloigner : *Carcer privatus committitur in eum qui retinetur in viâ taliter quod recedere non possit* [3]. Il faut d'ailleurs que la détention soit illégale : la loi exige qu'elle ait été commise *sans ordre des autorités constituées, et hors les cas où la loi ordonne de saisir les prévenus.* La question s'est élevée de savoir si ces termes étaient sacramentels, ou s'il suffisait de demander au jury si la détention avait été *illégale.* La Cour de cassation, dans une espèce où cette dernière expression avait été employée, a répondu : « qu'en demandant au jury si l'accusé était coupable d'avoir détenu ou séquestré illégalement sa fille, la Cour d'assises a suffisamment qualifié le crime ; qu'il eût été plus régulier, à la vérité, de rappeler dans la question les termes mêmes de l'art. 341 du Code pénal et de décider si la détention ou séquestration avait eu lieu sans ordre des autorités constituées, et hors les cas où la loi ordonne de saisir les prévenus ; mais que l'art. 341 étant placé sous la rubrique *arrestation illégale ou séquestration des personnes*, il en résultait qu'en déclarant que l'arrestation était illégale, le jury a déclaré qu'elle avait eu lieu sans ordre des autorités consti-

1. Cass., 18 fév. 1842, Bull. n. 29.
2. Farinacius, quæst. 27, n. 11.
3. Farinacius, loc. cit. ; Julius Clarus, n. 94, p. 246.

tuées [1]. La Cour de cassation, tout en maintenant la position des questions, reconnaît qu'il eût été plus régulier de se servir des termes de la loi ; nous pensons que l'emploi de ces termes eût seul été régulier. Qu'est-ce qu'une arrestation ou une détention illégale ? Quels moyens ont les jurés pour examiner et résoudre cette question ? La loi a voulu faciliter cet examen par sa définition : l'arrestation illégale est celle qui a lieu sans ordre des autorités constituées, et hors les cas où la loi ordonne de saisir les prévenus. Non-seulement on méconnaît l'intention de la loi en ne plaçant pas cette définition sous les yeux des jurés, mais on expose ceux-ci à tomber dans l'erreur en les forçant à décider un point de droit, à rechercher quand une arrestation est ou n'est pas légale, et à prendre comme élément du crime une opinion peut-être inexacte.

1691. Nous avons précédemment énuméré les fonctionnaires auxquels la loi a délégué le droit soit d'ordonner, soit d'effectuer une arrestation [2] ; les simples citoyens ne peuvent exercer un tel droit que dans des cas assez restreints. L'un de ces cas est prévu par l'art. 106 du Code d'instruction criminelle, qui donne à *toute personne* le pouvoir de saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou poursuivi par la clameur publique, et de le conduire devant le procureur « de la République », sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le fait emporte peine afflictive ou infamante : les particuliers peuvent aussi concourir, dans ce cas, à l'arrestation sur la réquisition d'un agent de la force publique [3]. L'arrestation ou la détention est encore permise daus un autre cas, celui où la personne détenue est atteinte d'aliénation : la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés parle du placement des aliénés dans des établissements soit privés, soit publics ; l'art. 15 de la loi des 19-22 juillet 1791, et l'art. 475, n° 7, du Code pénal, établissent des peines contre ceux qui laissent divaguer des fous ou des furieux ; d'où l'en doit conclure que les parents, gar-

1. Cass., 19 juin 1828, Dall. 28.1.297.
2. V. notre tome 2, n. 531 et suiv.
3. Cass., 9 déc. 1842, Bull. n. 321.

diens naturels de ces personnes, ont le droit de les détenir. Enfin, on ne saurait refuser, dans une certaine mesure, aux pères, mères et tuteurs, et aux maîtres et instituteurs, le droit de détenir, par forme de correction, leurs propres enfants ou les enfants qui sont confiés à leurs soins. Ce n'est que dans le cas où cette détention excéderait les bornes d'une correction modérée, et où elle prendrait un caractère de cruauté et de persécution, qu'ils pourraient devenir passibles des peines légales.

1692. Une question délicate se présente ici. Dans quel cas un mari peut-il être inculpé du crime de séquestration commis sur la personne de sa femme ? La difficulté est de poser une limite précise à l'autorité du mari. Quelques docteurs décidaient, dans l'ancien droit, qu'il avait le droit de tenir sa femme en chartre privée : *Marito uxorem castigare, carcere mancipare, ad jejunia cogere, castigare licet* [1]. Jousse paraît lui reconnaître ce pouvoir [2]. D'autres auteurs, en accordant le droit de correction, lui refusaient le moyen de détention : *Licet marito uxorem delinquentem leviter corrigere, at non in carcerem aut vincula conjicere* [3]. On ne doit pas hésiter à reconnaître que le mari, sous notre législation nouvelle, ne possède ni le droit de correction, ni celui de détention. Le mariage est une association où les deux époux, avec une autorité inégale, ont des droits égaux. L'autorité du mari est toute morale ; elle s'exerce par la manifestation de sa volonté, par l'influence de sa raison, de ses lumières : la loi lui a dénié le pouvoir de la sanctionner par des voies de fait. L'art. 231 du Code civil puise les causes de séparation de corps dans les excès, dans les sévices, même dans les injures graves ; et l'art. 311 du Code pénal n'a fait, en punissant les auteurs de violences, aucune exception, ainsi que nous l'avons vu, en faveur du mari. La séquestration à laquelle il soumettrait sa femme peut donc sans doute être l'objet d'une poursuite criminelle ; mais il faut remarquer toutefois que

1. Damhouderius, cap. 64, n. 3.
2. Traité des mat. crim., t. 3, p. 285.
3. Glose, in l. 8, au C. de repudiis.

les caractères du crime sont, dans ce cas, plus difficiles à constater; qu'il ne suffirait pas que le mari eût employé son autorité pour confiner sa femme au foyer domestique, et lui interdire toute communication extérieure ; qu'il serait nécessaire que l'intention criminelle, que les éléments de la séquestration punissable se trouvassent dans son action, et qu'il serait difficile d'y voir ce caractère, à moins qu'il n'eût employé la violence, *modo vim inferat.*

1693. Une autre question s'élève au sujet des personnes qui sont passibles de cette application. La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 5 novembre 1812 [1] : « que, d'après les expressions générales dans lesquelles est conçu l'art. 341 du Code pénal, son application doit s'étendre à toutes les personnes indistinctement qui se trouvent dans les cas prévus par le même article. » La même Cour a déclaré, en termes plus explicites, dans un second arrêt du 25 mai 1832 : « que la disposition de l'art. 341 du Code pénal est spéciale quant au fait d'arrestation ou de séquestration arbitraire, et générale en ce qui concerne ceux qui s'en rendraient coupables ; que dès lors, et à défaut d'une dérogation expresse à cette disposition, on doit considérer comme y étant compris tout agent de la force publique qui procéderait à des actes de cette nature ; qu'aucune dérogation à l'art. 341 ne résulte de l'art. 114 du même Code ; qu'en effet les arrestations illégales ne sont pas expressément énoncées dans ce dernier article, et qu'il y a lieu de recourir, dans la recherche de la pénalité qui leur est propre, à la section qui les a spécifiées, et non à celle qui a prévu d'une manière indéterminée les actes arbitraires et attentatoires soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte [2]. »

Cette assimilation absolue des fonctionnaires et des simples particuliers nous semble dénuée de fondement et repoussée par l'esprit de la loi. Nous avons établi, dans un autre

1. Devill. et Car., Coll. nouv., 4, p. 215 ; Journal du pal., 3e édit. t. 10, p. 779.

2. Journ. du dr. crim., 1832, p. 134.

chapitre [1], la différence profonde qui sépare la criminalité de ces agents dans l'exécution du même fait, et nous avons rappelé, au commencement de ce chapitre, les paroles de l'orateur du gouvernement, proclamant que l'art. 341 ne s'appliquait qu'aux attentats à la liberté commis par des particuliers. Nous ajouterons que, dans l'économie générale du Code, le législateur a séparé, pour leur appliquer des peines différentes, les mêmes crimes, lorsqu'ils sont commis par des fonctionnaires ou des particuliers ; que c'est par suite de ce système qu'il a prévu, dans l'art. 114, les actes attentatoires à la liberté individuelle d'un ou de plusieurs citoyens, lorsqu'ils sont commis par un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement ; que cette incrimination comprend nécessairement les faits d'arrestation, de détention ou de séquestration illégale, puisque ces faits sont de véritables attentats à la liberté individuelle, et qu'il serait étrange d'appliquer successivement au même acte, suivant la volonté du juge, l'une ou l'autre de ces dispositions différentes.

1694. Toutefois, la question changerait de face, si l'arrestation ou la détention illégale avait été commise par le fonctionnaire public en dehors de ses fonctions ; car, lorsqu'il n'agit pas en vertu de ses fonctions, elles cessent de le couvrir ; ce n'est plus un abus de pouvoir qu'il commet, il agit comme particulier, sans être revêtu d'aucune autorité. La détention qu'il ordonne ou qu'il constitue devient un crime commun ; il faut en chercher les motifs, non plus dans un excès de zèle, dans l'égarement d'un devoir mal compris, mais dans les passions de l'homme. Le caractère du fait n'est plus le même, la peine doit s'aggraver; l'art. 341 devient applicable [2].

1695. La règle d'après laquelle les complices d'un crime sont passibles des mêmes peines que ses auteurs s'étend au crime de détention illégale comme à tous les autres crimes ; et cette complicité s'établit par tous les moyens énumérés par

1. V. notre tome 2, n. 528 et suiv.

2. Conf. impl. Cass., 9 déc. 1842, Bull. n. 321.

l'art. 60 du Code pénal. Mais à ces modes divers l'art. 341 en a ajouté un nouveau : « Quiconque, porte le deuxième paragraphe de cet article. aura prêté un lieu pour exécuter la détention ou séquestration, subira la même peine. » La loi a vu, dans ce prêt d'un local propre à la détention, la fourniture, en quelque sorte, d'un instrument nécessaire pour commettre l'action ; mais il faut ajouter, avec l'art. 60 du Code pénal, que le prêteur doit avoir la connaissance de l'usage auquel le local est destiné. Toute la criminalité de son action repose dans cette connaissance.

1696. Jusqu'ici nous nous sommes occupé du crime principal d'arrestation ou de détention illégale, et des faits qui le constituent. Ce crime peut être accompagné de circonstances qui en atténuent ou en aggravent le caractère. Nous allons examiner les unes et les autres.

L'art. 343 est ainsi conçu : « La peine sera réduite à l'emprisonnement de deux à cinq ans, si les coupables des délits mentionnés à l'art. 341, non encore poursuivis de fait, ont rendu la liberté à la personne arrêtée, séquestrée ou détenue, avant le dixième jour accompli, depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration. Ils pourront néanmoins être renvoyés sous la surveillance de la haute police, depuis cinq ans jusqu'à dix ans [1]. »

L'exposé des motifs du Code explique ainsi cette atténuation : « Le Code se relâche cependant de sa rigueur envers le coupable, et consent à ce qu'il ne soit condamné qu'à des peines de police correctionnelle, si, avant le dixième jour accompli, il a rendu libre celui qu'il avait arrêté. Alors la loi commue la peine en faveur de son repentir, et veut bien supposer que sa faute a été plutôt le résultat de l'irréflexion du moment que d'une préméditation tenant à des combinaisons criminelles ; mais passé le dixième jour, elle ne doute plus de la perversité de l'intention et devient inflexible. »

1. ** La surveillance de la haute police a été supprimée par la loi du 27 mai 1885 (art. 19) et remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui aura été signifiée par le Gouvernement. (V. t. I, p, 193, note 1).

Deux conditions sont donc nécessaires pour que cette atténuation soit appliquée. Il faut que la détention ait duré moins de dix jours ; il faut ensuite que la liberté ait été rendue à la personne arrêtée, détenue ou séquestrée, avant que les coupables aient *été poursuivis de fait.* Ces derniers mots doivent être entendus dans ce sens, qu'il ne suffit pas que des poursuites aient été dirigées au sujet du crime, qu'il est nécessaire, pour que les coupables soient déchus du bénéfice de cet article, qu'elles soient nominativement dirigées contre eux, ou contre l'un d'eux.

Lorsque ces deux conditions coexistent, elles forment une excuse légale qui peut être proposée par l'accusé, lorsqu'elle ne résulte pas de l'acte d'accusation, et qui doit faire l'objet d'une question au jury [1]. Cette opinion a été confirmée par un arrêt qui porte : «que l'on doit inférer des termes de l'art. 65 du Code pénal que tout fait prévu par la loi et qui est de nature, lorsqu'il aura été déclaré constant, à permettre au juge d'appliquer à l'accusé une peine moins rigoureuse, constitue, dans le sens légal, un fait d'excuse ; que l'art. 343 admet comme fait entraînant une atténuation de peine en faveur des coupables du crime mentionné en l'art. 341, la circonstance que les auteurs d'arrestation, détention ou séquestration illégales ont, avant d'être poursuivis de fait, rendu la liberté à la personne arrêtée, détenue ou séquestrée, avant le dixième jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration [2]. »

Mais il faut remarquer que cette excuse ne s'étend qu'*aux seuls délits mentionnés en l'art.* 341 ; d'où il suit que, lorsque le crime a été commis avec l'une des circonstances prévues par l'art. 344, l'accusé n'est plus recevable à l'alléguer : la détention prend alors un caractère tellement grave par l'effet

1. Cass., 19 juin 1828, Dall.28.1.297. — * * Cette excuse, en effet, ne modifie ni la nature de l'infraction, ni la juridiction. Cass., 3 mai 1877 ; Bull. n. 116 ; — Rennes, 19 février 1879 ; S. 79.2.287 ; — Riom, 19 janvier 1880 ; S.80.2.328.

2. Cass., 24 avril 1841, Bull. n. 116.

des circonstances qui l'accompagnent, que sa courte durée même ne peut plus atténuer la peine.

1697. La détention illégale peut être accompagnée de plusieurs circonstances aggravantes qui sont puisées dans la prolongation de sa durée, dans les moyens employés pour commettre le crime, dans les violences et dans les actes de barbarie exercés sur la victime.

L'art. 342 est ainsi conçu : « Si la détention ou séquestration a duré plus d'un mois, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité. » Ainsi, jusqu'au dixième jour, aux termes de l'art. 343, la peine peut être purement correctionnelle ; du onzième jour au trentième, le coupable est passible des travaux à temps ; après le mois écoulé, la peine devient perpétuelle. « La loi ne voit plus alors dans le coupable, suivant l'exposé des motifs, qu'un méchant tellement obstiné, tellement endurci, qu'il serait un fléau pour la société, s'il pouvait jamais rentrer dans son sein ; elle l'en exclut pour toujours. »

1698. Les coupables sont également punis des travaux forcés à perpétuité dans chacun des deux cas suivants prévus par l'article 344 : « 1° Si l'arrestation a été exécutée avec le faux costume, sous un faux nom, ou sur un faux ordre de l'autorité publique ; 2° si l'individu arrêté, détenu ou séquestré, a été menacé de la mort. »

Dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, un pair a demandé ce que signifie *un faux costume* ; M. le garde des sceaux a répondu : « La pensée qui se trouve dans cet article, c'est de punir l'individu qui, en prenant soit un faux nom, un faux costume, on en invoquant un faux ordre, aura voulu faire croire qu'il agissait comme dépositaire de l'autorité publique. » Le commissaire du gouvernement a ajouté : « Ce n'est pas sans intention qu'on a mis dans l'article *le costume* et non pas *un costume*, on a évité par là toute équivoque. « En effet, ce que la loi avait en vue, c'est le *costume* de l'autorité publique usurpé pour faciliter l'exécution du crime. C'est là la circonstance qui, suivant les expressions de l'exposé des motifs, donne à l'arrestation un tel caractère de gravité, que la loi la considère alors comme un acte de brigandage. Ainsi il ne suf-

firait pas que l'accusé eût exécuté le crime avec un nom ou un costume autres que les siens, il faut qu'il ait pris le costume et le nom d'un officier public ; c'est l'intention de la loi, qui a voulu prévenir l'emploi de ce moyen, d'autant plus dangereux qu'il est plus efficace, d'effectuer une arrestation : cette interprétation peut seule expliquer d'ailleurs l'aggravation de la peine.

1699. Les menaces de mort sont une troisième cause d'aggravation, soit qu'elles aient été faites au moment de l'arrestation ou pendant la détention. La loi n'exige point, comme dans l'art. 305, que les menaces aient été faites sous quelque condition : elle les a considérées, lorsqu'elles étaient employées vis-à-vis d'un détenu, comme une violence, une sorte de torture morale, et c'est l'acte de cruauté qu'elle a voulu punir. Mais elle n'a accordé ce caractère qu'aux menaces de mort ; toutes les autres, quelque redoutable que fût leur exécution, n'ont point l'effet d'aggraver le crime.

1700. La quatrième cause d'aggravation est prévue par le dernier paragraphe de l'art. 344 : « La peine sera celle de la mort, si les personnes arrêtées, détenues ou séquestrées, ont été soumises à des tortures corporelles. » Avant la loi du 28 avril 1832, la peine de mort était également prononcée dans le cas de l'emploi des insignes de l'autorité et des menaces de mort ; cette loi l'a réservée pour le seul cas des *tortures corporelles*, qu'elle a considérées comme une sorte d'assassinat. Telle est aussi la qualification que ces actes ont déjà reçue dans l'art. 303 ; mais, dans l'un et dans l'autre de ces deux articles, les tortures n'ont point été définies, et l'appréciation de ces actes est abandonnée à la conscience des juges et des jurés [1]. Toutefois on ne doit pas perdre de vue qu'il s'agit de *tortures corporelles*, et par conséquent de faits matériels, et que ces faits doivent, en outre, être empreints d'une certaine gravité, puisque la loi les a assimilés à l'assassinat.

1701. Une dernière question se présente dans cette matière.

1. V. notre tome 3, n. 1299.

Le complice, qui a prêté le lieu de la détention, doit-il subir l'effet de l'atténuation ou de l'aggravation qui affecte l'auteur principal? Il est nécessaire de distinguer. En principe, chaque agent n'est responsable que de ses actes; celui qui a prêté sciemment un local pour exécuter la détention est responsable du fait de cette détention, car il y a concouru en fournissant les éléments nécessaires pour l'accomplir, et par conséquent il s'en est rendu complice; telle est aussi la décision du deuxième paragraphe de l'art. 341. Mais cette responsabilité doit-elle être étendue aux circonstances, soit antérieures, soit postérieures à la prestation du local? Ces circonstances sont la durée de la détention, les faits qui ont accompagné l'arrestation, ceux qui ont accompagné la séquestration. La durée de la séquestration doit être imputée au prêteur du local, car il connaît nécessairement cette durée; il continue donc de participer à la détention, en laissant le lieu à la disposition de l'auteur principal. Il sera donc passible soit de l'aggravation, soit de l'atténuation de la peine portée par les art. 342 et 343, suivant que la détention aura duré moins de dix jours ou plus d'un mois. A la vérité, la disposition spéciale annexée à l'art. 341, et qui porte que le prêteur d'un lieu, pour exécuter la détention, *subira la même peine* que l'auteur principal, n'a point été reproduite dans les art. 342 et 343; mais il est évident que ces trois articles ne prévoient qu'un fait unique, la détention simple, et qu'ils ont seulement pour objet de graduer la peine sur la durée de la détention : il est donc impossible de scinder l'application de leurs dispositions, car il résulterait de cette division que, dans le cas où la détention aurait duré moins de dix jours, l'auteur ne serait puni que d'un emprisonnement de deux ans, tandis que le prêteur du local resterait passible de la peine invariable de la réclusion. Mais la responsabilité de cet agent ne saurait, par cela seul qu'il a prêté le local, s'étendre aux autres circonstances aggravantes de la détention; car l'art. 344 prévoit des crimes distincts de la simple détention, et n'a point répété le deuxième paragraphe de l'art. 341. Ensuite, ces crimes ne sont point des conséquences nécessaires du crime de détention arbitraire : le prêteur du local n'a point dû les prévoir ; ces faits lui sont

étrangers ; il rentre à cet égard, sous l'empire des règles générales de la complicité. S'il a aidé à l'arrestation, s'il a fourni des instruments pour les tortures, nul doute qu'à raison de ces faits particuliers, il ne doive subir l'application, comme complice, des peines de l'article 344 : mais le seul fait du prêt d'un local ne saurait avoir une telle conséquence, car le local n'est par lui-même qu'un instrument de détention.

CHAPITRE LXI.

DE LA SUPPRESSION DE PART OU D'ENFANT.

(*Commentaire des art.* 345, 346, 347 *et* 348 *du Code pénal*).

1702. Matière de ce chapitre.
1703. Objet de l'art. 345 : suppression ou supposition de part.
1704. Distinction de ce fait avec le recèlement de grossesse.
1705. La source de l'art. 345 est dans l'ancien droit ; ses motifs.
1706. Le mot enfant, dans cet article, s'applique à un être organisé et vivant, et non à un enfant mort-né.
1707. Discussion de la première jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point.
1708. Nouvelle jurisprudence qui adopte la solution énoncée au n° 1706.
1709. Éléments du crime de suppression d'état. Éléments matériels et intentionnels.
1710. Il suffit que l'enfant, quoique mort, ait eu vie, pour que l'art. 345 soit applicable.
1711. Dans une accusation d'infanticide, la question de suppression d'enfant ne peut être posée comme résultant des débats.
1712. Addition à l'art. 345 de deux paragraphes par la loi du 13 mai 1863. Distinction des cas où l'enfant a ou n'a pas vécu.
1713. Le défaut de déclaration à l'officier de l'état civil, nécessaire dans tous les cas, peut constituer le délit.
1714. De la substitution d'un enfant à un autre et de la supposition d'un enfant à une femme qui n'est point accouchée.
1715. Le fait d'avoir déclaré devant l'officier de l'état civil la naissance et le décès d'un enfant qui n'a jamais existé constitue-t-il le crime de supposition d'enfant ?
1716. Cas où la supposition présente les caractères du crime de faux.
1717. L'action publique est suspendue toutes les fois que la poursuite soulève une question de filiation qui est préjudicielle.
1718. Défaut de représentation d'un enfant par ceux à qui il a été confié : 2e paragraphe de l'art. 345.
1719. Dépôt dans un hospice d'un enfant par ceux à qui il a été confié pour en prendre soin (art. 348).
1720. Défaut de déclaration de la naissance par les personnes qui ont assisté à l'accouchement (art. 346).
1721. En quoi consiste cette obligation. Caractère de l'omission qui en est faite.

1702. Le Code pénal s'est montré plein d'une prévoyante sollicitude à l'égard des enfants nouveau-nés. Déjà nous l'avons vu, dans son art. 302, assimiler à l'assassinat le simple meurtre, quand un enfant qui vient de naître en est l'objet. Mais il ne suffisait pas de punir sévèrement l'attentat dont il peut être victime ; il fallait protéger sa frêle existence contre tous les actes qui peuvent la menacer ; il fallait empêcher que l'intérêt personnel ou la négligence pût le priver de connaître la famille dont il est le membre. De là les dispositions que nous allons parcourir : elles sont destinées, d'une part, à conserver à l'enfant sa famille, son état, les droits que lui donne sa naissance, et, d'un autre côté, à éloigner les dangers matériels auxquels l'abandon et le délaissement peuvent exposer ses jours. Telle est la matière de ce chapitre et du chapitre suivant. Le premier comprend les crimes et les délits qui ont pour but de compromettre l'état civil de l'enfant, et l'autre ceux qui tendent à compromettre son existence même.

1703. La loi incrimine deux ordres de faits distincts :

Les uns qui ont pour but direct d'altérer l'état civil de l'enfant ;

Les autres qui n'ont cet effet qu'indirectement, et par le fait de tierces personnes auxquelles l'enfant a été confié, ou qui ont pu constater son état et ont négligé de le faire.

Les premiers sont prévus par le premier paragraphe de l'article 345 du Code pénal : « Les coupables d'enlèvement, de récélé ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une

femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion [1]. »

Ces crimes étaient compris, dans l'ancien droit, sous la double qualification de *suppression de part* et de *supposition de part.*

La suppression de part comprenait les crimes qui avaient pour but de faire disparaître l'enfant, tels que l'enlèvement, le recélé, la suppression même de cet enfant : « La supposition de part, dit Jousse, est le crime de celui ou de celle qui ôte la connaissance de l'existence d'un enfant ou de son état, soit pour se procurer une succession, ou pour quelque autre motif [2]. »

1704. Il est essentiel de faire remarquer, pour fixer clairement le caractère de ce crime, que l'ancienne jurisprudence ne le confondait point avec le recèlement de grossesse ; ce dernier crime était l'action d'une fille qui non-seulement n'avait pas déclaré sa grossesse, mais qui, après s'être délivrée de son fruit, l'avait fait périr. Il fallait, pour le constituer, aux termes de l'édit de Henri II de février 1556, et de la déclaration de Louis XIV du 25 février 1708, que le corps de l'enfant fût représenté ; qu'il y eût preuve de la grossesse et de l'accouchement ; que l'un et l'autre eussent été célés ; enfin, que l'enfant eût été privé du baptême et de la sépulture chrétienne.

Ainsi la loi atteignait dans le recèlement de grossesse l'infanticide qu'il faisait présumer. L'incrimination reposait sur une suite de présomptions qui toutes couduisaient à cette conclusion. La suppression de part ne supposait, au contraire, qu'une fraude dont l'objet était de cacher la naissance d'un enfant ; elle n'admettait pas que l'enfant eût péri : « Lorsque cette suppression se fait, dit Jousse, en faisant périr le fruit dont la femme ou la fille est accouchée, il tombe dans le cas

1. ** Le Code pénal allemand (art. 169) punit les mêmes faits d'un emprisonnement de trois ans au plus, et, si l'acte a été commis dans l'intention de se procurer un gain, de la réclusion pendant dix ans au plus.

2. Traité des mat. crim., t. 4, p. 146.

du parricide. » Il changeait donc alors de caractère. La peine des deux crimes indiquait d'ailleurs, par ses différents degrés, la distance qui les sépare : la peine du recélement de grossesse était le dernier supplice *de telle rigueur que la qualité particulière du cas le méritera* ; celle de la suppression de part était laissée à l'arbitraire des juges, suivant les circonstances : on appliquait ordinairement le fouet et le bannissement.

Notre Code a évidemment emprunté à l'ancien droit son incrimination ; il a reproduit jusqu'à ses termes : il ne s'est pas arrêté à la disposition générale du Code de 1791 : « Quiconque, portait ce Code, sera convaincu d'avoir volontairement détruit la preuve de l'état civil d'une personne, sera puni de la peine de douze années de fers. » (Titre 5, section 1re, art. 32).

1705. Ce seul rapprochement indique déjà que le crime prévu par l'art. 345 n'a pas dû avoir abdiqué le caractère qu'il avait sous l'ancien droit ; qu'il a dû également considérer l'enfant dans ses rapports avec son état civil ; qu'il n'a pu avoir en vue que de protéger ses droits de famille et de cité. L'exposé des motifs du Code révèle complétement cette intention du législateur : « Le Code pénal de 1791, a dit M. Faure, ne contient qu'une seule disposition sur cette matière : il prononce deux ans de fers contre celui qui a détruit la preuve de l'état civil d'une personne. L'expérience a fait reconnaître que cette disposition était trop vague, et qu'il convenait de spécifier ces différents cas, tels que le recélé ou la suppression d'un enfant, la substitution d'un enfant à un autre, et la supposition d'un enfant à une femme qui n'est point accouchée. Nous ne parlerons point des édits et déclarations qui furent rendus sous la dernière dynastie, relativement aux recélés de grossesse. L'humanité eut longtemps à gémir de lois si atroces. L'Assemblée constituante fit disparaître cette législation, si contraire aux mœurs d'un peuple civilisé, et particulièrement de la nation française. Mais, pour éviter les détails auxquels s'étaient livrées les anciennes lois, elle tomba dans l'excès opposé, et ne détermina point du tout ce qui, en matière pénale, ne peut être déterminé avec

trop de soin. Les expressions du nouveau Code ne laisseront point de doute que ceux-là seront condamnés à la peine de la réclusion qui, par de fausses déclarations, donneront à un enfant une famille à laquelle il n'appartient point et le priveront de celle à laquelle il appartient, ou qui, par un moyen quelconque, lui feront perdre l'état que la loi lui garantissait. »

Ces lignes témoignent que les préoccupations du législateur, en traçant l'art. 345, n'avaient qu'un seul objet, la conservation de l'état civil de l'enfant. La loi veillait *pro puero parvulo ut liber et ingenuus appareat* [1]. Elle prenait des précautions pour maintenir les familles intactes et pures : *Publici enim interest partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit* [2]. Sa prévoyance ne s'étendait, ainsi que l'indique la rubrique du Code, qu'aux seuls crimes et délits *tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil de l'enfant.*

1706. Il suit de là que le mot *enfant*, dont s'est servi le législateur, ne peut évidemment s'entendre que d'un être organisé et vivant ; car l'enfant né mort et non viable ne peut avoir d'état, ne peut acquérir aucun droit, ni par conséquent en transmettre à personne. Comment expliquer, d'ailleurs, la disposition rigoureuse de l'art. 345, étendue au recélé de la naissance d'un fœtus ou à l'inhumation clandestine d'un enfant mort-né ? Ces faits sont sans doute répréhensibles, mais ils ne portent aucun préjudice ; et s'ils doivent être punis, ce n'est pas par une peine afflictive et infamante. La suppression ou le recélé ne suppose qu'un seul fait, c'est qu'un être qui avait reçu la vie, et qui pouvait vivre, a disparu sans laisser de traces, par l'effet d'une volonté criminelle. C'est le fait de cette disparition clandestine que la loi punit, abstraction faite de tout autre crime [3].

Il n'est pas inutile d'insister sur cette interprétation, car

1. L. 3, au Cod. de infantibus expositis.
2. L. 1. § 13, Dig. de inspiciendo ventre.
3. V. dans ce sens Merlin, Rép., v° Suppression de part ; Carnot, Comment. du Code pénal, t. 2, p. 126 ; Rauter, p. 76.

elle avait été contestée par la Cour de Cassation. Un arrêt du 5 septembre 1835 a, pour la première fois, posé une interprétation contraire ; cet arrêt déclare : que les dispositions de l'art. 345 sont générales et absolues; qu'elles s'appliquent également à la suppression d'un enfant mort comme à celle d'un enfant vivant; que l'enfant dont il s'agit au procès devait être présenté à l'officier de l'état civil, pour que son état fût constaté et qu'il fût procédé à son inhumation après les vérifications légales pour établir qu'il était ou qu'il n'était pas né viable, ou faire connaître les causes d'une mort aussi prompte ; que, s'il en était autrement, l'impunité des coupables d'infanticide serait assurée, puisqu'il suffirait de compléter le premier crime et de le couvrir par celui subséquent de la suppression du cadavre, dont le coupable, d'après l'arrêt attaqué, ne serait passible d'aucune peine [1]. » Deux autres arrêts avaient confirmé cette doctrine; le dernier ajoutait : « que le principe qui a dicté cette disposition pénale a pour objet de garantir les familles contre toute atteinte portée à l'ordre légal de transmissions des héritages; d'où il suit qu'elle est applicable à toute suppression d'enfant vivant ou mort, par suite de laquelle les droits qui se rattachent au fait de son existence peuvent être compromis [2]. »

1707. Reprenons les motifs de ces arrêts : le premier est puisé dans la généralité des termes de l'art. 345, qui permettent de l'appliquer à toute suppression d'enfant vivant ou mort. Mais quel est l'unique objet de cet article ? C'est suivant l'arrêt du 27 août 1835, de garantir les familles contre toute atteinte portée à l'ordre légal des transmissions d'héritages. L'enfant mort-né n'a point d'état ; il n'acquiert et ne transmet aucune succession. L'application de la loi est donc nécessairement limitée au cas où l'enfant a vécu de la vie extra-utérine. Objecte-t-on que la suppression de l'enfant doit faire naître la présomption que cet enfant était né vivant ? Mais comment admettre, en matière criminelle, une sorte de pré-

1. Bull. n. 294, S. 34. 1. 833.

2. Cass., 21 fév. et 27 août 1835, Bull. n. 64 et 332, S. 35. 1. 367 et 920; 15 juillet 1836, Bull. n. 231.

somption légale au lieu d'une preuve acquise ? Cette présomption pourrait-elle suffire pour faire considérer l'existence du crime comme certaine, pour établir une peine ? L'arrêt du 5 septembre 1834 ajoute : « que l'enfant devait être présenté, pour que son état fût constaté, et qu'il fût procédé à son inhumation après les vérifications légales. » Tel est, en effet, le vœu de la loi ; mais cette omission, qui peut constituer un délit, a-t-elle le caractère d'un crime ? Ne pas représenter un enfant mort, est-ce commettre le crime de suppression d'enfant ? Cette omission peut être un indice de crime, mais elle ne peut seule le constituer ; car il faudrait soutenir que la présentation de l'enfant au maire et la déclaration de la naissance peuvent être prescrites sous peine de crime de suppression d'enfant.

On se fonde surtout sur l'impunité de la mère. Ainsi, pour établir le crime de suppression, l'argumentation se préoccupe toujours du crime possible d'infanticide. C'est à l'action publique à diriger ses recherches, à multiplier ses investigations, à recueillir tous les indices ; si ses efforts n'aboutissent qu'au doute, ce doute doit se résoudre en faveur de l'accusé. On insiste : « L'impunité des coupables serait assurée, puisqu'il suffirait de compléter le premier crime et de le couvrir par celui de la suppression du cadavre, pour que le coupable ne fût passible d'aucune peine. » Mais peut-on admettre que les investigations de la justice soient toujours infructueuses ? Ensuite, n'y a-t-il pas ici une étrange confusion ? Est-ce donc pour arriver à punir le meurtre que la Cour de cassation incrimine la suppression du cadavre d'un enfant mort-né ? Faudra-t-il supposer qu'un enfant qui a disparu est mort, et qu'il est mort par l'effet de la volonté criminelle qui a opéré la suppression, pour établir sur cette double présomption la peine du meurtre ? La seule pénalité de l'art. 345 démontre l'erreur de cette doctrine ; car si le coupable a donné la mort, la peine est trop faible ; s'il n'a fait que dérober les traces d'un cadavre, elle est évidemment trop forte. Il faut écarter cette double hypothèse. L'art. 345 ne s'applique point aux attentats contre la vie, il n'a pas pour but de réprimer les actes de débauche, et le recélé de grossesse a cessé d'être un

crime : c'est l'état, c'est la famille, c'est le nom qu'il protége; il ne faut pas chercher dans ses termes une autre prévision, une autre pénalité.

Le crime de l'assassin n'est pas de cacher la victime homicidée, mais de lui donner la mort. De même, le crime de la mère n'est pas de cacher sa honte, mais de compromettre l'existence, les intérêts ou l'état de son enfant, sous prétexte de cacher cette honte. Cette crainte du déshonneur ne sera pas écoutée, si elle a eu pour conséquence un attentat contre cette existence ou cet état. Mais quand la mère, surprise par les douleurs de l'enfantement, se trouve en face d'un cadavre, seul témoin de sa faute ; quand toute espérance de conserver la vie de son enfant est éteinte, que l'abandon ou le délaissement du cadavre ne peuvent s'expliquer que par le sentiment de la pudeur ou de la honte, enfin qu'aucun intérêt de personne, d'état, de famille, ne sera compromis, la loi doit suspendre ses rigueurs, car elles ne seraient plus nécessaires.

Et suivons les conséquences de cette jurisprudence. Supposons qu'un homme enlève avec fraude ou violence un enfant à sa mère ; l'art. 354 le punit de réclusion : et maintenant, qu'une femme, sans fraude ni violenee, porte au loin le corps inanimé dont la présence révèle sa honte, la même peine l'atteindrait ! Cette femme, si elle était accouchée d'un enfant vivant, et si, par son imprudence, sans détruire la vie, elle l'a laissée s'éteindre, ne sera punie, aux termes de l'article 319, que d'un emprisonnement de deux ans ; mais elle est accouchée d'un enfant mort, elle n'a aucune imprudence à se reprocher, et elle encourra cinq ans de réclusion pour avoir enseveli sa honte avec le cadavre ! Il est impossible d'expliquer une anomalie si choquante, une tello disproportion dans les peines.

En résumé, la suppression du cadavre, c'est l'indice du crime : mais, à défaut d'autres circonstances, ce ne peut être un crime. C'est peut-être une lacune de la loi ; il serait peut-être utile d'ajouter une peine contre la mère qui ne représente pas l'enfant nouveau-né ; mais la jurisprudence ne peut suppléer au silence de la loi. Et comment y suppléerait-elle ? en créant

une peine exorbitante, sans proportion avec les autres faits analogues, en punissant une faute comme un crime, un égarement de la honte comme un acte infâme, une omission comme un attentat ! (Voy. au surplus n. 1712.)

1708. Cette opinion a été solennellement consacrée par un arrêt des chambres réunies du 1er août 1836, qui reconnait « que l'art. 345, qui prononce la peine de la réclusion contre la suppression d'un enfant, a essentiellement pour objet d'assurer son état civil, ainsi que l'indiquent les titres de la section et du paragraphe sous lesquels cet article est placé ; que si le législateur a eu en vue d'assurer l'état civil d'un enfant, ce n'a pu être que dans la supposition où celui-ci serait vivant, l'enfant né mort ne pouvant avoir d'état ; qu'appliquer cet article au cas d'inhumation clandestine d'un enfant mort-né, c'est donner à la loi une extension qui n'est ni dans ses termes ni dans son esprit ; que c'est d'ailleurs enfreindre le principe général qui ne permet pas d'étendre les lois pénales, et qui veut qu'elles soient toujours restreintes dans leurs véritables termes [1]. » La chambre criminelle, adoptant cette nouvelle interprétation, a jugé, par un arrêt du 8 novembre 1839 : « que l'art. 345 a eu pour objet, non-seulement la conservation de la personne de l'enfant, mais encore d'assurer son état civil ; qu'il en résulte que c'est une condition constitutive et substantielle de ce crime que l'enfant supprimé soit né vivant [2] ; » — par un arrêt du 4 juillet 1840 : « que le législateur a nécessairement supposé que l'enfant serait vivant, puisque l'enfant né mort ne peut avoir d'état [3] ; » — par un arrêt du 26 juillet 1849 [4] : « que si la loi n'admet par aucune disposition la non-viabilité de l'enfant comme excuse du crime de suppression de cet enfant, et que si l'enfant est mort-né, il en résulte, non que

1. Bull. n. 251, S. 36. 1. 548.
2. Bull. n. 196.
3. Bull. n. 339.
4. Bull. n. 180.

le crime de suppression est excusable, mais que ce crime n'existe pas [1]. »

1709. Les éléments du crime de suppression d'enfant peuvent être posés maintenant avec précision; ils sont le résumé de cette discussion : le premier est le fait matériel du recélé, de l'enlèvement, de la suppression de l'enfant ; le deuxième est que l'enfant soit né vivant, qu'il ait eu l'existence extra-utérine, qu'il ait pu jouir d'un état civil; le troisième, enfin, est que les traces de son existence aient été effacées avec l'intention de supprimer ou de changer son état. Si la suppression s'applique au cadavre d'un enfant mort-né, il n'y a plus de crime; si elle s'applique au cadavre d'un enfant qui a vécu, avec une autre intention que de supprimer son état, le crime change de nature. Ce dernier élément du crime a été nettement formulé dans un arrêt qui déclare « que le crime n'est légalement caractérisé qu'autant que le fait matériel du recélé ou de la suppression d'enfant a eu lieu avec la pensée coupable d'arriver ainsi à la suppression de l'état civil de cet enfant; qu'il importe dès lors que l'arrêt qui renvoie la personne poursuivie devant la Cour d'assises sous l'accusation de ce crime relève à sa charge non-seulement les éléments matériels, mais encore les éléments intentionnels dont la réunion est nécessaire pour le constituer [2]. »

1. * * V. toutefois la note suivante. — Jugé que le mot *nouveau-né*, indiquant nécessairement un enfant né *vivant*, peut à la rigueur remplacer cette dernière expression (Cass., 4 mars 1875; Bull. n. 79).

2. Cass., 19 déc. 1863, Bull. n. 301. — * * Nous devons signaler toutefois les hésitations de la jurisprudence. Dans un arrêt du 9 avril 1874 (Bull. n. 108), la Cour suprême, méconnaissant les principes qu'elle avait consacrés, décidait « que la suppression que punit l'article 345 est celle, non de l'état d'un enfant, mais de sa personne; que cela est si vrai que les pénalités édictées par ledit article s'étendent même au cas où il est établi que l'enfant n'a pas vécu, et où, par suite, il n'y a pas eu d'atteinte possible à son état civil ». — Nous avons critiqué cet arrêt (V. S. 1874. 1. 288 et la note), dont la doctrine a été abandonnée par un arrêt postérieur du 4 mars 1875 (Bull. n. 79); S. 75. 1. 433, et notre note). — Dans un autre arrêt du 4 décembre 1879, la Cour suprême adopte une théorie éclectique; elle juge « que l'art. 345 — 1° C. pén. pré-

1710. Ces principes ont été appliqués dans une espèce où ils présentaient quelque difficulté. L'enfant avait eu vie, et la mère avait été déclarée, par le jury, coupable des deux crimes d'infanticide et de suppression d'enfant ; un individu, compris dans la même accusation, n'avait été déclaré complice que du crime de suppression d'enfant; la Cour d'assises le déclara absous, par le motif que, ne pouvant y avoir suppression d'un enfant mort, dans l'esprit de l'art. 345, le fait déclaré constant n'était puni ni réprimé par aucune loi. Cet arrêt a été annulé par la Cour de cassation : « Attendu que si les dispositions dudit art. 345, malgré la généralité des termes dans lesquels il est conçu, ne peuvent s'appliquer à la suppression d'un enfant mort-né, elles sont du moins applicables à la suppression d'un enfant qui a eu vie ; attendu, en fait, que Marguerite Rœder a été déclarée à la fois coupable par le jury : 1° d'avoir volontairement donné la mort à un enfant nouveau-né dont elle venait d'accoucher ; 2° d'avoir à

voit et punit deux ordres de faits distincts : 1° le crime de suppression d'un enfant ayant eu vie, dont la disparition compromet l'état civil, alors que pourtant la suppression de cet état ne paraît pas avoir été la cause directe et déterminante de la suppression de la personne de l'enfant ; 2° le crime de suppression d'état d'un enfant ayant vécu, commis par l'un des moyens indiqués dans cet article, quand la suppression de l'état civil a été le but poursuivi par l'auteur des faits soumis à l'examen de la justice, comme elle est le titre et la base de l'accusation ; — que ces deux crimes ne donnent pas lieu à l'application des mêmes règles ; que le dernier ne peut motiver l'action publique qu'après le jugement de la question d'état, conformément à l'art. 327 C. civ.; mais que la disposition de cet article ne doit pas être étendue au fait de la suppression de la personne de l'enfant, fait qui, pris isolément, peut être l'objet principal de la poursuite, et diffère de la suppression d'état par ses effets comme par sa nature... ». (Cass., 4 décembre 1879; Bull. n. 215; S. 81. 1. 89, et notre note).

Enfin, la Cour suprême disait de même, dans un arrêt du 2 septembre 1880 (Bull. n. 174), « que si l'art. 345 — 1° du Code pénal prévoit et punit la suppression d'un enfant né vivant, en vue d'empêcher ou détruire la preuve de l'état civil de cet enfant, il s'applique également au seul fait d'avoir supprimé la personne d'un enfant ayant vécu, alors même que l'intention de porter atteinte à l'état civil de l'enfant n'aurait pas été la cause directe et déterminante de cette suppression. » — On voit que la jurisprudence n'est pas parfaitement assurée.

la même époque supprimé cet enfant ; qu'Antoine Groffe, à son tour, a été déclaré coupable d'avoir, avec connaissance, aidé et assisté l'auteur de cette suppression d'enfant; qu'il résulte de l'ensemble de la déclaration du jury que l'enfant dont venait d'accoucher Marguerite Rœder, et qu'elle avait volontairement homicidé et supprimé, avait donc eu vie, et que l'accusé, déclaré complice de la suppression d'un enfant ayant eu vie, devait être condamné aux peines portées par les articles 59, 60 et 345 du Code pénal [1]. »

Une circonstance importante sépare cet arrêt de ceux que nous avons cités précédemment : l'enfant, dans cette dernière espèce, avait eu vie ; il s'agissait, au contraire, dans les autres, de la suppression d'un enfant mort-né ; la question n'était donc plus la même, et dès lors cette décision n'a dérogé, sous aucun rapport, à l'arrêt solennel du 1er août 1836. Mais peut-être pourrait-on trouver que cet arrêt ne constate pas suffisamment à la charge de l'accusé les éléments du crime de suppression d'état. En effet, il est nécessaire, pour l'existence de ce crime, ainsi que nous venons de l'établir, non-seulement qu'il y ait un fait de recélé et que ce recélé s'applique à un enfant vivant, mais encore qu'il ait été commis avec l'intention de supprimer ou de changer son état civil. Or, puisque l'accusé, dans l'espèce, était acquitté de l'accusation de complicité d'infanticide, et que cependant la mère était à la fois déclarée coupable d'avoir volontairement donné la mort à un enfant *dont elle venait d'accoucher*, il en résulte que le crime de suppression d'état n'avait pu être commis qu'en recélant le cadavre de l'enfant, et par conséquent à l'égard d'un enfant déjà mort. Or, le seul fait d'une inhumation clandestine, la seule omission d'une déclaration de la naissance de cet enfant, ne saurait emporter de plein droit l'intention de supprimer son état ; il fallait donc constater cette intention, et, à cet égard, la déclaration du jury

1. Cass., 20 sept. 1838, S. 33. 1 900 ; Journ. du dr. crim., 1838, p. 328.

est restée muette. Les circonstances constitutives du crime ne sont donc pas assez nettement énoncées.

1711. Sous un autre rapport, il ne faut pas admettre, comme semble l'indiquer le même arrêt, que dans une accusation d'infanticide la question relative à la suppression de l'enfant puisse être posée comme résultant des débats. Ces deux crimes sont distincts l'un de l'autre ; ils reposent sur des éléments différents ; ils n'admettent ni les mêmes investigations de la part de la justice, ni les mêmes moyens de défense de la part de l'accusé ; en un mot, la suppression d'état n'est point contenue dans l'infanticide, elle n'en est point un fait dérivatif, une modification. Elle ne peut être posée dans les débats ouverts sur cette accusation comme une circonstance du fait principal ; elle peut seulement devenir la matière d'une accusation nouvelle. Telle est, au surplus, la règle posée par deux arrêts de la Cour de cassation portant : « que s'il résulte des débats quelque circonstance qui aggrave le crime imputé à l'accusé, ou quelque fait qui n'en soit qu'une modification, le président de la Cour d'assises est autorisé à soumettre au jury ce point nouveau, dans une question ajoutée à celles qui résultent de l'acte d'accusation ; mais que, lorsque le fait qui résulte des débats est, au contraire, un fait principal et séparé, constituant un crime distinct, on ne peut l'ajouter à l'accusation primitive et le faire décider par le jury : que le crime de suppression d'enfant ne peut être considéré comme une modification du crime d'infanticide ; que celui-ci est un attentat contre la vie de l'enfant, tandis que l'autre, placé dans une section différente du Code pénal, est surtout un attentat contre son état civil ; que, dès lors, sur l'accusation de l'un de ces faits, il ne peut valablement être posé de questions sur l'autre, quoiqu'il soit résulté des débats, sauf au ministère public à en faire l'objet d'une poursuite principale [1]. »

1712. Une addition a été faite à l'art. 345 par la loi du

1. Cass., 20 août 1825, Bull. n. 159 ; Sir., t 8, 1, p. 178 ; et 19 avril 1839, Journ du dr. crim., 1839, p. 158.

13 mai 1863. Cet article ne s'appliquait, comme on vient de l'établir, qu'à la suppression de l'enfant né vivant. Le législateur a vu là une lacune qu'il a remplie en ces termes :

« Art. 345. Les coupables d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion. — *S'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu, la peine sera d'un mois à cinq ans d'emprisonnement; s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu, la peine sera de six jours à deux mois d'emprisonnement* [1]. — Seront punis de la réclusion ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteront point aux personnes qui ont droit de le réclamer. »

Exposé des motifs : « Pour donner la raison de cette disposition additionnelle, il convient de rappeler que la Cour de cassation, après avoir jugé que la disposition du § 1er, générale et absolue, devait s'appliquer à toute suppression d'enfant, vivant ou mort, paraît être définitivement revenue de cette jurisprudence. Elle juge maintenant, et depuis longtemps, que l'art. 345 ne dispose que pour la suppression d'un enfant vivant ; s'il n'est pas établi que l'enfant supprimé ait vécu, l'article cesse d'être applicable. Le sens de la loi ainsi fixé, la femme récemment accouchée qui ne représente pas son enfant et qui n'en rend aucun, n'encourt aucune peine : la garantie sociale manque à l'enfant qui vient de naître. Est-il besoin d'insister sur les conséquences? Nous ne savons pas de tentation plus forte à commettre l'infanticide. La mère qu'un sentiment de honte ou tout autre mobile sollicite à ce crime, peut s'assurer l'impunité par une suppression complète, car elle met la justice dans l'impossibilité de

1. * * Jugé « que l'art. 345 — 3e du Code pénal doit être combiné avec l'art. 312 du Code civil, aux termes duquel l'enfant n'est réputé viable qu'après un minimum de 180 jours, ou six mois de gestation ; que l'être qui vient au monde avant ce terme, privé non-seulement de la vie, mais des conditions organiques indispensables à l'existence, ne constitue qu'un produit innommé et non un enfant, dans le sens que le législateur a attaché à cette expression ; que ce n'est point en vue d'un pareil être qui, suivant que la venue au jour se rapproche davantage de l'époque de la conception, peut ne pas même présenter les signes distinctifs de la forme humaine, que le décret du 3 juillet 1806 a prescrit la présentation du cadavre de tout enfant mort-né à l'officier de l'état civil; qu'une telle présentation, sans utilité pour l'intérêt social, pourrait dans certains cas blesser la pudeur publique » (Cass., 7 août 1874; Bull. n. 224; S. 75. 1. 41, et notre note). — V. aussi Dijon, 11 mai 1879 ; S. 79. 2. 230 ; — Douai, 10 avril 1881, S. 82. 2. 36. — V. toutefois, en sens contraire, Amiens, 20 décembre 1873 ; — S. 75. 2. 108 ; — Agen, 6 août 1874 ; S. 75. 2. 108.

vérifier si l'enfant a vécu. On s'est ému de cette défaillance de la loi. Même les esprits les plus portés à l'adoucissement systématique des peines reconnaissent qu'il y a là quelque chose à faire, une lacune à remplir. Fallait-il ériger en loi par une disposition formelle la première jurisprudence de la Cour de cassation, qui appliquait l'art. 345 à toute suppression d'enfant, fût-il mort-né? Ou si cette disposition semblait trop rigoureuse, ne devait-on pas mettre à la charge de la mère coupable la preuve que l'enfant supprimé n'avait pas vécu? Assurément ce dernier parti n'avait rien d'excessif. La mère d'un enfant mort-né pourra bien cacher le cadavre ou l'enterrer secrètement pour cacher sa honte ; mais elle ne le détruira point; elle voudra pouvoir le représenter à la justice si sa faute vient à être découverte. Quand elle le détruit ou qu'elle refuse de le représenter, elle autorise les plus terribles soupçons. Sans doute ces soupçons ne vont pas à légitimer une accusation formelle d'infanticide ; il ne peut s'agir encore que de suppression. Mais dans cette limite serait-ce donc une exigence outrée de la loi de présumer, jusqu'à preuve contraire, que l'enfant supprimé a vécu? Nous ne disons ceci que pour faire ressortir la modération de l'incrimination nouvelle, car elle n'est pas dans ce sens. On a considéré que la non-représentation du cadavre ne supposait pas nécessairement sa destruction volontaire ; qu'elle pouvait s'expliquer par d'autres circonstances, peu communes sans doute, mais possibles; que même la destruction volontaire n'excluait pas forcément l'hypothèse de l'enfant mort-né, car il pourrait arriver que le sentiment de la honte, aveugle, irrésistible, et ne laissant place à aucun calcul de prudence, eût poussé à l'anéantissement de tous les témoignages de la faute. On a voulu dès lors laisser à la femme, accusée ou prévenue, le bénéfice de ces doutes et de ces possibilités, et l'on a dit : l'enfant doit être représenté vivant ou mort; il faut à ce principe nécessaire une sanction pénale. Si l'enfant n'est pas représenté, il y aura crime ou délit de suppression : crime, si la suppression est d'un enfant né vivant; délit, s'il n'est pas établi que l'enfant supprimé ait vécu, ou si la preuve contraire est rapportée. Pour le cas de suppression criminelle, la sanction pénale existait déjà dans le premier paragraphe de l'art. 345 ; mais elle restait à faire pour les deux cas de suppression délictueuse ; c'est l'objet de la disposition additionnelle. On a pensé que malgré l'identité du fait principal, les deux cas du délit étaient de valeur trop inégale pour les confondre sous une seule peine en laissant au juge le soin de leur faire des parts inégales dans l'application. »

Rapport de la commission : « Nous acceptons cette incrimination nouvelle en faisant remarquer que le délit qui sera poursuivi par l'application des deux paragraphes additionnels, ne se rattache plus essentiellement au principe des incriminations portées dans l'art. 345. En effet, si l'enfant n'a pas vécu, ou si seulement il n'est pas établi qu'il ait vécu, il n'y a pas de suppression dans le sens légal de ce mot, car il n'y a pas d'atteinte possible à son état civil. C'est la non-représentation de l'enfant qui est la base de la poursuite et qui prend le caractère d'un délit. C'est pour

mieux rendre cette pensée que nous avons retranché le mot *supprimé* de la rédaction proposée par le projet. L'enfant dont il s'agit dans les paragraphes additionnels sera donc bien alors tout enfant qui aura disparu, qui ne sera pas représenté, et dont la disparition ne sera pas expliquée, quel que soit d'ailleurs le motif pour lequel on l'a fait disparaître.»

Nous avons signalé plus haut (n° 1707) la lacune que les termes de l'art. 345 laissaient dans l'incrimination. Notre pensée a été comprise et exactement appliquée. La distinction faite entre les deux délits, suivant que la vie de l'enfant n'a pas été établie ou qu'il est constaté qu'il n'a pas vécu, répond avec justesse à la valeur morale des deux actes [1].

1. ** Notons que les incriminations qui se trouvent ainsi réunies dans l'art. 345 sont de nature tout à fait différente, et que les additions qui ont été faites à cet article par la loi de 1863 n'ont pas eu pour conséquence de modifier les éléments du délit de suppression d'enfant. La jurisprudence a paru, à cet égard, un peu hésitante. Un arrêt de la Cour suprême du 14 mars 1873 (Bull. n. 70) avait jugé « qu'aux termes de l'art. 345 du Code pénal, révisé par la loi du 13 mai 1863, la suppression d'un enfant, c'est-à-dire le défaut de représentation de l'enfant vivant ou mort, constitue un fait principal, un délit puni de peines correctionnelles plus ou moins graves, suivant les distinctions énoncées aux § 2 et 3 de cet article ; — que de l'ensemble dudit article il résulte que le fait de suppression d'un enfant peut, selon les circonstances, constituer un délit ou un crime : un délit, s'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu, et, à plus forte raison, s'il est établi que l'enfant n'a pas vécu ; un crime, s'il est établi que l'enfant a vécu ; — qu'il suit de là que le jury doit être interrogé, d'abord, et par une question distincte, sur le point de savoir si l'accusée est coupable d'avoir supprimé un enfant ; qu'ensuite doit être posée, comme question relative à une circonstance aggravante, celle de savoir s'il est établi que l'enfant a vécu... » Cette solution n'était pas conforme aux principes. La Cour de cassation avait reconnu, après quelques hésitations, que l'art. 345, dans son texte primitif (qui forme aujourd'hui la 1re disposition), n'était applicable qu'au cas de suppression d'un enfant né vivant (V. *supra*, n. 1708). La révision de 1863 a-t-elle, en ajoutant une incrimination nouvelle à l'art. 345, modifié le sens de l'incrimination préexistante? Nullement, et le rapport de la Commission, qu'on vient de lire, est formel à cet égard. Il faut donc reconnaître qu'après comme avant la loi de 1863, la circonstance que l'enfant était vivant était une circonstance constitutive du crime de suppression d'enfant et qu'il n'est pas nécessaire d'en faire l'objet d'une question distincte. C'est ce qu'a décidé un arrêt postérieur,

1713. Il résulte des deux paragraphes ajoutés à l'art. 345 qu'il est nécessaire de représenter le cadavre de l'enfant, aussitôt après la naissance, pour constater s'il a vécu ou s'il n'a pas vécu, et que le défaut de cette représentation est un indice et peut-être une preuve du délit. C'est ce que la Cour de cassation a décidé, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Poitiers : « attendu que les dispositions ajoutées par la loi du 13 mai 1863 à l'art. 345 ont eu pour but, non pas d'énerver la répression du crime de suppression d'enfant, mais d'assurer à l'enfant une protection nouvelle, en punissant de peines correctionnelles le fait de suppression lorsqu'il était douteux que l'enfant eût vécu, et même lorsqu'il était certain qu'il n'avait pas vécu ; — qu'aux termes de l'article 55 du Code civil, l'enfant nouveau-né doit être présenté dans un délai déterminé à l'officier de l'état civil, sous les peines portées en l'art. 346 du Code pénal, et qu'il en est de même aux termes du décret du 4 juillet 1806, lorsque l'enfant est mort-né ; — que, par la nouvelle rédaction de l'article 345, le législateur a voulu atteindre toute suppression d'enfant, parce que cette suppression a pour effet de soustraire l'existence de l'enfant à la connaissance de tous, et empêche que l'enfant, soit qu'il ait ou qu'il n'ait pas vécu, marque son passage dans la société et dans la famille, et qu'il y prenne et y conserve la place que lui assignaient la nature et la loi ; qu'un pareil fait est d'autant plus punissable qu'il n'a que trop souvent pour but de cacher un infanticide et d'en

du 4 mars 1875 (Bull. n. 79) où nous relevons ce qui suit :... « Attendu que la loi du 13 mai 1863, qui a complété l'art. 345 du Code pénal, a reproduit textuellement, dans le premier paragraphe de cet article, l'ancien article 345, qui prévoyait et réprimait le crime de suppression d'enfant ; — que les dispositions de cet article n'étaient applicables qu'au cas de suppression d'un enfant né vivant, dont la loi avait eu pour but principal d'assurer l'état civil ; — qu'en conséquence, l'existence de l'enfant était un des éléments essentiels et constitutifs du crime de suppression... » — La jurisprudence paraît être ainsi revenue aux véritables principes, qu'elle avait d'abord consacrés (V. S. 1875. 1. 433, et notre note). Elle admet toutefois que la circonstance que l'enfant a vécu *peut* faire l'objet d'une question séparée (Cass., 13 janv. 1881 ; Bull. n. 6).

faire disparaître les traces ; — qu'en présence de ces dispositions, la représentation de l'enfant faite tardivement, et après qu'on a déjà fait disparaître son cadavre, ne saurait donner satisfaction à la loi et effacer un délit déjà commis ; — que l'arrêt attaqué constate qu'après la naissance de l'enfant, aucune déclaration ou présentation n'a été faite à l'officier de l'état civil ; — que l'enfant a été enfoui dans la terre aussitôt après la naissance ; que les demanderesses n'ont indiqué l'endroit où il avait été enterré qu'après avoir nié énergiquement soit l'accouchement, soit la naissance, et après avoir été obligées, après une visite de médecin, de confesser la vérité, mais à une époque où l'état de décomposition du cadavre ne permettait pas de reconnaître si l'enfant avait vécu ou n'avait pas vécu ; — qu'en reconnaissant dans ces faits le délit de suppression, l'arrêt n'a fait qu'une saine application de la loi [1]. »

1714. L'art. 345 ne punit pas seulement le crime d'enlèvement, de recélé ou de suppression d'un enfant ; il prévoit aussi le crime de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée.

Dans cette deuxième hypothèse de l'article, le caractère principal du crime est le même : son but est toujours de changer l'état civil de l'enfant ; nos précédentes observations sur ce caractère du crime de suppression d'enfant s'appliquent donc nécessairement ici [2].

1. Cass., 24 nov. 1865, Bull. n. 209.

2. La Cour suprême a jugé, par un arrêt très intéressant, du 2 décembre 1876 (Bull. n. 238 ; S.77.1.433, et notre note) que les art. 326 et 327 du Code civil s'appliquent à la substitution comme à la suppression d'enfant, et que le ministère public ne peut poursuivre un semblable fait, tant que l'action civile sur la question d'état reste ouverte aux intéressés. Il y avait, dans l'espèce, cette circonstance grave que les deux enfants, qui avaient été substitués l'un à l'autre, avaient été régulièrement déclarés et inscrits sur les registres de l'état civil. C'est à raison de cette circonstance que nous avons cru devoir critiquer la solution de l'arrêt (V. notre note précitée). Nous faisions remarquer que les deux enfants, qui avaient été, suivant l'expression vulgaire, *changés en nourrice*, ayant été régulièrement inscrits, possédaient par cela même la preuve normale et légale de leur

Les éléments matériels du crime sont seuls différents : il s'agit moins de supprimer l'état de l'enfant que de le créer par la fraude ; il s'agit d'attribuer à un enfant étranger les droits ou les avantages d'un membre de la famille.

La loi romaine avait vu dans cette supposition un crime de faux, *quia qui partum supponit, falsum committit*[1] ; elle le punissait avec une grande rigueur ; l'auteur de la supposition encourait la peine de mort : *Obstetricem quæ partum alienum attulit ut supponi possit, summo supplicio affici placuit*[2]. L'accusation ne pouvait être différée sous le prétexte d'attendre la puberté de l'enfant[3] ; et elle ne pouvait être couverte par aucune prescription : *Accusatio suppositi partûs nullâ temporis præscriptione depellitur*[4].

Notre ancien droit avait maintenu le principe de la loi romaine, et la supposition de part était classée parmi les faux[5] ; mais ce crime avait cessé d'être imprescriptible, et la pénalité était différente : quoique laissée à l'arbitraire des juges par le silence de la législation, la jurisprudence avait adopté l'amende honorable et le bannissement perpétuel.

Jousse énumère dans les termes suivants les différentes hypothèses où ce crime peut se présenter : « Il a lieu : 1° quand une femme, après avoir feint d'être grosse, fait paraître au

état civil, et qu'il n'y avait ultérieurement à vider qu'une question d'*identité*, question très délicate peut-être, mais qui ne constituait pas, à proprement parler une question d'état. Nous croyons que la solution de l'arrêt qui précède n'est conforme ni au texte, ni à ses motifs ; car, en pareille hypothèse, l'enfant qui, découvrant la fraude, viendrait réclamer le bénéfice de son acte de naissance, n'aurait qu'à faire la preuve de son identité et n'aurait pour cela nul besoin de commencement de preuve par écrit : or l'exception préjudicielle est précisément fondée sur la crainte qu'on se dispense, en prenant la voie criminelle, du commencement de preuve par écrit exigé par la loi civile (Comp. Bertauld, *Questions et exceptions préjud.*, n. 20).

1. Farinacius, quæst. 150, num. 239.

2. Pauli Sentent., nup. lib. 2, l. 24, § 9 ; Praxis, ad leg. Corn. de falsis, num. 21.

3. L. 1, au Cod. ad leg. Corn. de falsis.

4. L. 19, § 1, Dig. ad leg. Corn. de falsis.

5. Jousse, t. 4, p. 142 ; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 269.

temps de l'accouchement un enfant qu'elle dit provenir de son mari, pour frustrer ses héritiers légitimes; 2° quand une femme grosse substitue, après son accouchement, un enfant à la place de celui dont elle est accouchée ; 3° quand les père et mère, qui n'ont point d'enfants, en supposent un étranger qu'ils disent être issu de leur mariage; 4° lorsque des étrangers substituent à des père et mère un enfant étranger au lieu de leur enfant légitime [1]. Ces hypothèses rentreraient évidemment dans les termes de l'art. 345.

1715. La question s'est élevée de savoir si le seul fait d'avoir déclaré devant l'officier de l'état civil la naissance et le décès d'un enfant qui n'a jamais existé, constitue le crime de supposition d'enfant. La Cour de cassation l'a résolue affirmativement, mais sans appuyer sa décision d'aucun motif [2]. Nous croyons que cette décision est fondée, car la double déclaration faite devant l'officier de l'état civil a pour but de créer un état, et peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits de famille: or l'art. 345 a précisément eu en vue de prévenir une telle fraude. A la vérité, l'enfant supposé n'est qu'un être imaginaire, et nous venons de voir, au sujet du crime de suppression d'état, que ce crime ne pouvait exister qu'autant qu'il s'appliquait à un enfant ayant eu vie. Mais telle est l'une des différences qui séparent ces deux crimes : on ne peut concevoir la suppression d'état sans l'existence préalable d'un état d'enfant, et par conséquent sans un enfant qui ait joui de cet état ; mais la supposition n'exige pas la même condition : elle allègue frauduleusement un état chimérique, et le plus souvent, il est vrai, elle produit un enfant à l'appui de ses allégations ; mais la production de cet enfant n'est qu'une preuve et qu'un moyen ; le crime est dans la supposition même de l'état ; si donc elle a été faite en alléguant l'existence d'un être qui n'a jamais eu de vie, le crime n'existe pas moins, et dans l'un et l'autre cas, en effet, ses résultats sont les mêmes, le préjudice et le trouble apportés dans la famille sont identiques.

1. Tome 4, p. 142.
2. Cass., 7 avril 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 252.

1716. Les moyens employés, soit pour parvenir à la suppression de l'état d'un enfant, soit pour accomplir la supposition de cet état, présentent souvent les caractères d'un faux en écritures publiques. En effet, c'est en altérant les déclarations et les faits que les actes de l'état civil ont pour objet de recevoir et de constater, que ces crimes peuvent se consommer, et ces altérations rentrent dans les termes de l'art. 147 du Code pénal [1]. Dans ce cas, quoique le faux soit un moyen pour commettre un autre crime, il n'en conserve pas moins son caractère intrinsèque, et le coupable doit être simultanément poursuivi à raison de ce double fait.

1717. Une des plus graves difficultés de cette matière consiste dans la suspension dont l'action publique est frappée, toutes les fois qu'elle a pour base une question de filiation. Nous n'avons point à développer ici la théorie de cette exception préjudicielle, qui laisse le ministère public impuissant tant qu'elle n'est point jugée, et qui repose sur un intérêt plus grand que l'intérêt même de la répression des crimes, le maintien de la stabilité et de la paix des familles : cette matière appartient exclusivement à l'instruction criminelle [2]. Nous ferons seulement remarquer que les art. 326 et 327 du

1. ** Ainsi, il a été jugé que le fait d'avoir attribué, dans l'acte de naissance, un faux nom à la mère naturelle d'un enfant constitue le crime prévu par l'art. 345, « attendu que cette déclaration mensongère, par laquelle une filiation autre que celle de la nature est attribuée à un enfant dans son acte de naissance, même en admettant l'attribution d'une mère imaginaire, a pour effet de supprimer son état. » (Cass., 29 mai 1873 Bull. n. 152). — Cette solution n'est pas sans difficulté, si l'on considère; que l'indication de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel, sans l'aveu de celle-ci, ne fait pas foi de la filiation. Mais l'arrêt allègue « que si les déclarations de l'acte de naissance relatives à la filiation de l'enfant naturel ne font pas foi au même degré que celles relatives à la filiation legitime, elles servent néanmoins, lorsqu'elles sont faites dans les conditions déterminées par la loi, à établir les rapports naturels entre l'enfant présenté à l'officier d'état civil et la mère désignée par le déclarant; que l'altération de cet élément de preuve de l'état civil de l'enfant est donc de nature à lui porter un grave préjudice... »

2. Voy. notre Traité de l'instruction criminelle, t. 2, n. 828 et suiv.; Merlin, Questions de dr., vo Quest. d'état, § 2 ; Mangin, Traité de l'action publique, n. 181 et suiv.

Code civil, en interdisant la voie de la plainte et l'action criminelle au ministère public et à la partie intéressée, tant que les tribunaux civils n'ont pas statué définitivement sur la question d'état, élèvent non-seulement une question préjudicielle, mais une fin de non-recevoir contre la poursuite, d'où il suit que le prévenu ne peut pas être mis en arrestation ou doit être mis en liberté [1]; et que, d'un autre côté, l'action publique n'est, toutefois, suspendue qu'autant que la filiation de l'enfant est nécessairement liée à la poursuite [2]. Ainsi ce sursis n'a pas lieu dans le cas d'exposition d'enfant, puisque ce délit est indépendant de la filiation de l'enfant; dans le cas de suppression de la personne et non de l'état, puisque l'art. 327 du Code civil n'est relatif qu'au délit de suppression d'état [3]; dans le cas, enfin, ou la supposition de part n'a été accompagnée de la production d'aucun enfant, puisque aucun état ne se trouve en litige [4].

1718. Nous passons à la deuxième classe de faits prévus dans cette section : ces faits se rattachent à ceux que nous venons d'examiner, parce que, comme ceux-ci, ils ont pour effet de compromettre l'état civil de l'enfant; ils en diffèrent, parce qu'ils sont plutôt le résultat de l'insouciance et de la négligence que d'un dessein criminel.

Cette observation, toutefois, ne peut s'appliquer au plus grave de ces actes, à celui qui est prévu par le deuxième paragraphe de l'art. 345, ainsi conçu : « La même peine (celle de la réclusion) aura lieu contre ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteraient point aux personnes qui ont le droit de le réclamer. »

Ces termes assez vagues laisseraient quelque incertitude

1. Cass., 10 mess. an XII, Devill et Car., 1, p. 991; 9 fév. 1810, *ibid.*, 3, p. 149; 30 mars 1813, *ibid.*, 4, p 314; 25 nov. 1808, *ibid.*, 2, p. 608. — Dall., Coll. alph.., t. 8, p. 599 et 600. — * * V. aussi Cass., 29 mai 1873; Bull. n. 152.

2. V. *supra*, p. 452, n. 2 et p. 458, n. 1.

3. Cass., 26 sept. et 12 déc. 1813, Bull. p. 382; 8 avril 1826, Bull. p. 189; 3 janv. 1857, Bull. n. 6.

4. Cass., 7 avril 1831, Journ. du cr. crim., 1831, p. 251; 1er oct. 1842, Bull. ff. 254; 4 août 1842, Bull. n. 190.

sur le caractère de ce crime, si la pénalité que la loi y a attachée ne servait à le fixer. Il est évident, en effet, que le simple refus fait par la personne qui s'est chargée de l'enfant de le représenter à ses père, mère ou tuteur, à la première réquisition qui lui en serait faite, ne suffirait pas pour constituer ce crime, car il est impossible d'admettre que le législateur ait voulu punir un tel refus de la peine de la réclusion.

Quel est donc l'objet de cette peine ? « L'art. 345, dit M. Carnot, suppose nécessairement qu'il y aura eu séquestration, ou que la personne à laquelle l'enfant aura été confié en aura disposé de manière à ne pouvoir le représenter ni donner connaissance de ce qu'il serait devenu [1]. » M. Rauter ajoute : « Il faut que le refus ou l'omission de le représenter soit fait dans l'intention de nuire à l'état de l'enfant [2]. »

Cette intention peut sans doute accompagner le refus de représenter l'enfant ; mais rien n'indique qu'elle soit une condition essentielle du crime. Remarquez que si, dans la plupart des cas prévus par le premier paragraphe de l'article 345, il s'agit d'un enfant nouveau-né, cette circonstance ne se reproduit pas dans le second, et que dès lors le refus de représenter un enfant régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil, ne porterait aucun préjudice à son état. On doit donc penser, avec M. Carnot, que le fait prévu par la loi est un véritable abus de confiance commis sur la personne de l'enfant au préjudice des parents qui l'ont confié à des mains étrangères. L'art. 348 prévoit le cas où le dépositaire infidèle l'a remis dans un hospice ; il était naturel qu'une autre disposition prévît le refus de le représenter, quand ce refus serait le résultat d'un coupable abus de confiance. Et si l'on pense qu'il s'agit d'un enfant confié à la foi d'une tierce personne, et livré peut-être par celle-ci à une destinée inconnue, on ne trouve pas la loi trop rigoureuse. Il n'est pas besoin d'ajouter que si les traitements exercés sur la personne de l'enfant pouvaient constituer d'autres crimes, ces crimes ne

1. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 149.
2. Traité du dr. crim., t. 2, p. 79.

seraient point effacés par la seule accusation portée à raison de la non-représentation.

1719. L'art. 348 prévoit un second abus de confiance relatif à l'enfant, moins grave toutefois, puisque ses traces peuvent être facilement retrouvées. Cet article est ainsi conçu : « Ceux qui auront porté à un hospice un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, qui leur aurait été confié afin qu'ils en prissent soin, ou pour toute autre cause, seront punis d'un emprisonnement de six semaines à six mois, et d'une amende de seize francs à cinquante francs. »

Les conditions requises pour l'existence du délit sont clairement indiquées : la première est que l'enfant ait moins de sept ans accomplis ; la deuxième est qu'il ait été confié pour en prendre soin ou pour toute autre cause, à celui qui l'a porté à l'hospice. Il est évident qu'il ne s'agit que des personnes à qui l'enfant a été confié, soit par des pères et mères, soit par ceux qui auraient le droit d'en disposer ; car autrement il serait permis de croire qu'il s'agit d'un enfant abandonné. Il faut également qu'il y ait un engagement d'en prendre soin ou de le garder ; car l'enfant laissé par ses parents à un tiers sans un engagement quelconque de ceux-ci, ne les oblige à aucun soin. L'art. 348 a pour objet unique l'abus de confiance commis par celui qui porte à l'hospice l'enfant qui lui a été confié pour qu'il en prît soin [1].

Le deuxième paragraphe de l'article formule cette circonstance en excuse légale : « Toutefois aucune peine ne sera prononcée, s'ils n'étaient pas tenus ou ne s'étaient pas obligés de pourvoir gratuitement à la nourriture et à l'entretien de l'enfant, et si personne n'y avait pourvu. » Dès qu'il n'y a pas d'engagement, il n'y a plus d'abus de confiance, il n'y a plus de délit. Il faut excepter, toutefois, le cas où l'obligation dérive, non pas d'un engagement, mais des liens du sang : l'excuse cesse d'exister à leur égard.

1720. La loi, dans sa sollicitude pour l'enfant ne s'est pas bornée à prévoir les actes qui peuvent compromettre ses intérêts ; elle a prévu jusqu'aux simples omissions et négli-

1. Cass., 16 déc. 1843, Bull. n. 318.

gences qui peuvent avoir le même effet. Telle est l'omission de la déclaration de la naissance, et celle de la remise à l'officier de l'état civil d'un enfant trouvé.

L'art. 55 du Code civil porte que « les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu; l'enfant lui sera présenté ». L'art. 56 ajoute : « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé, ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et, lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. »

Ces deux articles trouvent leur sanction dans l'art. 346 du Code pénal ainsi conçu : » Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'art. 56 du Code civil, et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize francs à trois cents francs. »

« Le Code civil, dit l'exposé des motifs, pour assurer cet état aux enfants, exige que les naissances soient déclarées à l'officier de l'état civil, et désigne les personnes qu'il charge de faire ces déclarations. Depuis ce Code, on a remarqué que, faute d'une loi pénale, quelques personnes s'en étaient abstenues. Cette conduite est d'autant plus blâmable, qu'elles contreviennent à une loi sage, dont le but est de veiller à l'intérêt d'enfants qui ne peuvent pas y veiller eux-mêmes; que la tendresse des parents eût dû être le garant de l'exécution de la loi; qu'enfin, s'il était possible de croire que le motif de ce délit fût l'espoir de soustraire un jour ces mêmes enfants aux lois sur la conscription, il peuvent être assurés qu'ils les exposent, au contraire, à être appelés plus tôt qu'ils ne le seraient s'ils étaient en état de représenter leur acte de naissance. Le Code actuel punit ce délit. »

1721. Il consiste entièrement dans l'omission de la déclaration de la naissance dans les trois jours de l'accouchement. Ainsi il ne s'agit point d'un délit moral, mais d'une simple

contravention matérielle [1]; la loi ne punit point l'intention criminelle, mais la négligence : elle a voulu contraindre, par la crainte d'une peine, à constater l'état civil de l'enfant; elle a créé une obligation de faire, et elle frappe l'abstention du fait qu'elle a prescrit [2]. Quel est l'objet précis de cette obligation? En quoi consiste-t-elle? Elle est définie par un arrêt qui déclare « que l'art. 346 se réfère exclusivement aux art. 55 et 56 du Code civil, et non à l'art. 57 du même Code, qui détermine les énonciations que doit renfermer l'acte de naissance ; qu'en effet, les personnes qui ont assisté à l'accouchement peuvent être dans l'impuissance de donner à l'officier de l'état civil tous les renseignements relatifs à ces énonciations, et que dès lors ces personnes ne pouvaient être rendues passibles de peines à raison de ces omissions ; qu'elles sont donc affranchies de la pénalité établie par l'art. 346, lorsqu'elles ont déclaré le fait de la naissance et les circonstances accessoires qui sont à leur connaissance [3]. » Il suit de là que le médecin ou la sage-femme n'est pas tenu de déclarer le nom de la mère, et c'est ce qui a été reconnu par le même arrêt, qui donne en outre cette raison spéciale: « qu'aux termes de l'art. 378, les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les sages-femmes, peuvent être, à raison de leur profession, rendus dépositaires de secrets de famille qu'ils ne peuvent révéler sans s'exposer à des peines [4]. » (Voy. n° 710).

1722. Cette déclaration doit avoir lieu, soit que l'enfant soit né en vie ou non, « attendu que le législateur, par l'art. 346, a principalement voulu la constatation de l'accouchement de tout

1. ** Nous avons plus d'une fois déjà critiqué cette arbitraire classification. Il s'agit ici d'un *délit*, puisque le fait est puni de peines correctionnelles, et les principes qui régissent les délits sont dès lors applicables. Nous avons dit aussi que la Cour de cassation, dans ses derniers arrêts, a consacré la doctrine que nous avons constamment défendue et qui divise les infractions d'après la peine, suivant les termes de l'art. 1er du Code pénal (V. tome I, p. 36, n. 1 et p. 495).

2. Cass., 2 août 1844; Bull. n. 281.

3. Cass., 1er août 1845, Bull. n. 250; 1er juin 1844, Bull. n. 192; 16 sept. 1843, Bull. n. 246.

4. Mêmes arrêts.

enfant; que les considérations les plus impérieuses d'ordre public commandent à toute personne qui y a assisté la déclaration du fait à l'officier de l'état civil; qu'elles ne sont pas exclusivement applicables à la preuve de l'état de ces enfants; qu'un décret spécial du 4 juillet 1806 a imposé aux officiers de l'état civil le devoir particulier de recevoir cette déclaration à l'égard des enfants, lorsqu'il est incertain de savoir s'ils ont eu vie ou non, et de consigner dans l'acte qui en est dressé, notamment l'heure à laquelle l'enfant présenté est sorti du sein de la mère; que ce décret a nécessairement sa sanction dans la disposition présente de l'article 346 [1]. »

Mais cette obligation n'est imposée qu'à certaines personnes. La Cour de cassation a même restreint l'application de l'article 346 aux seules personnes qu'a désignées l'art. 56 du Code civil, par conséquent à toutes celles qui ont assisté à l'accouchement, lorsque cet accouchement a eu lieu au domicile de la mère, et à la seule personne chez laquelle elle est accouchée, lorsque l'accouchement a eu lieu hors de son domicile. Telle est la doctrine consacrée dans une espèce dans laquelle l'accouchement avait eu lieu hors du domicile de la mère : le tribunal correctionnel avait condamné la personne chez laquelle cet accouchement avait été effectué, et avait acquitté le chirurgien qui l'avait assistée. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi du ministère public : « attendu que l'art. 346 du Code pénal ne punit, pour défaut de déclaration de la naissance d'un enfant, qne les personnes ayant assisté à l'accouchement, à qui l'obligation de faire cette déclaration est imposée par l'art. 56 du Code civil; que, par la dernière disposition de cet article, dans le cas où la mère accouche hors de son domicile, l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant est imposée à la personne chez qui elle est accouchée; que, par le jugement attaqué, Chartrain, chez qui la mère était accouchée, et qui avait assisté à l'accouchement, a été condamné, pour défaut de déclaration de la naissance de l'enfant, à la peine qu'il avait en-

1. Cass., 2 sept. 1843, Bull. n. 233. — ** *Adde* Cass., 27 juill. 1872 Bull. n. 194.

courue ; que, dans cet état de faits, le renvoi prononcé en faveur du chirurgien Duboscage, qui avait également assisté à l'accouchement, de la prévention de n'avoir pas déclaré la naissance de l'enfant, n'a pas été une violation des art. 346 du Code pénal et 56 du Code civil [1]. » Cette jurisprudence nous paraît contraire à la loi. L'art. 346 punit *toute personne* qui, *ayant assisté à un accouchement*, n'a pas fait la déclaration ; il ne distingue pas si l'accouchement a eu lieu au domicile ou hors du domicile de la mère ; sa disposition s'applique à tous les cas, à tous les lieux. La Cour de cassation la restreint aux termes de l'art. 56 du Code civil ; mais remarquez d'abord que cet article rend responsable de la déclaration la personne chez qui la mère est accouchée, lors même que cette personne n'aurait pas assisté à l'accouchement ; or, cette assistance est une circonstance essentielle du délit prévu par l'art. 346, de sorte que le défaut de déclaration de cette personne, lorsqu'elle n'a pas été présente à l'accouchement, n'est, malgré les termes du Code civil, passible d'aucune peine. En second lieu, il résulterait de la même jurisprudence que l'omission de toute déclaration n'entraînerait aucune peine toutes les fois que l'accouchement aurait lieu hors du domicile de la mère, puisque d'une part, d'après la Cour de cassation, la seule personne chez laquelle l'accouchement a eu lieu aurait cette obligation, et que d'un autre côté, d'après les termes de l'article 346, la condition essentielle de la peine est l'assistance à l'accouchement. Il nous semble donc que cet article a modifié l'art. 56 du Code civil, en ce sens qu'il a étendu l'obligation de la déclaration à toutes les personnes qui, au domicile ou hors du domicile de la mère, ont assisté à l'accouchement, mais seulement à celles-là [2].

1723. L'obligation existe pour chacun des assistants, et chacun d'eux est responsable de l'omission. Il a été jugé, en conséquence, « que l'art. 56 du Code civil, auquel se réfère l'article 346, veut que la déclaration de naissance d'un enfant soit faite par le père ; que ce n'est qu'à défaut du père que cette

1. Cass., 7 sept. 1823, S.24.1.420.
2. V. dans ce sens Cass., 27 juill. 1872 (aff. Jacquet).

déclaration doit être faite par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; que, dans cette seconde hypothèse, l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant est imposée, sans distinction et sans ordre successif, à tous ceux que désigne l'art. 56 du Code civil ; que chacun est également tenu, sous la peine portée par l'art. 346, de faire la déclaration dont il s'agit dans le délai fixé par l'article 55 du Code civil ; que le décret du 4 juillet 1806 est le complément des dispositions du Code civil sur le mode de constatation des décès ; qu'il trace aux officiers de l'état civil la règle qu'ils doivent suivre lorsque le cadavre d'un enfant, dont la naissance n'a pas été enregistrée, leur est présenté ; mais que ce décret ne modifie sous aucun rapport les obligations imposées par l'art. 56 aux personnes qui ont assisté à l'accouchement, et ne peut influer sur la peine portée par l'art. 346 contre ceux qui ont manqué à ces obligations [1]. » Cependant, si la déclaration a été faite par un seul, dans les formes prescrites par la loi, tous les autres sont déliés de leur responsabilité. Le vœu du législateur est satisfait, en effet, dès que la déclaration a été remplie : il a supposé que les autres personnes s'étaient reposées sur une seule du soin d'exécuter cette obligation.

Mais le médecin ou la sage-femme qui a assisté à un accouchement d'une domestique majeure qui réside chez ses maîtres est tenu de faire la déclaration, et ne peut en reporter l'obligation sur les maîtres. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui porte : « que dès qu'il était avéré que la fille Franchi, majeure, servait depuis deux ans comme domestique chez les frères Graziani, et habitait leur demeure, il en résultait, aux termes de l'art. 109 du Code civ., que celle-ci n'avait pas d'autre domicile que cette demeure même ; qu'elle était donc accouchée dans son domicile propre ; que, sans qu'il y ait lieu d'examiner, même au cas du deuxième paragraphe de l'art. 56 du Code civil, si l'obligation de la déclaration de la naissance de l'enfant ne pèse pas indistinctement sur toutes

1. Cass., 2 août 1844, Bull. n. 281.

les personnes présentes à l'accouchement, le premier paragraphe de cet article faisait un devoir impérieux à la sage-femme qui avait assisté à l'accouchement de déclarer cette naissance[1]. »

1724. Si la déclaration a été omise dans le but de favoriser l'enlèvement de l'enfant, cette intention imprime-t-elle au fait de l'omission le caractère du crime prévu par l'art. 345? M. Carnot a pensé « que cet article pourrait devenir applicable à la personne qui aurait été présente à l'accouchement, et qui n'en aurait pas fait la déclaration, lors même qu'elle n'aurait pas coopéré *activement* à l'enlèvement, au recélé ou à la suppression de l'enfant, s'il était constaté qu'elle aurait favorisé sciemment par son silence la consommation du crime[2] ». Cette opinion ne nous semble pas fondée. L'art. 345 ne pourrait être appliqué à la personne qui a omis de faire la déclaration, qu'autant que cette omission serait considérée comme un acte de complicité du recélé ; or, la loi a prévu et défini les différents modes de complicité, et l'on ne peut ranger l'omission dont il s'agit, ni dans la classe des provocations ou des instructions données pour commettre le crime, ni dans la classe des moyens procurés pour sa perpétration, ni enfin dans celle des actes d'aide ou d'assistance active à cette perpétration. Ce n'est donc point là un acte de complicité, tel que l'exige la loi. Ensuite, le fait prévu par l'art. 346 est un délit *sui generis*, qui ne change pas de nature, quelle que soit l'intention de son auteur ; l'infraction qu'il punit n'est, en effet, qu'une simple omission : or, cette omission ne saurait prendre la gravité d'un acte matériel, et remplacer cet acte nécessaire pour l'existence d'un crime. Il est possible que l'agent ait voulu favoriser l'exécution de ce crime ; mais la pensée même coupable ne peut être incriminée qu'autant qu'elle se manifeste par un acte extérieur destiné à l'accomplir.

1725. La deuxième omission prévue par la loi fait l'objet de l'art. 347 : « Toute personne, porte cet article, qui, ayant

1. Cass., 10 mars 1855, Bull. n. 60.
2. Comment. du Code pénal, t. 2, p. 153.

trouvé un enfant nouveau-né, ne l'aura pas remis à l'officier de l'état civil, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 58 du Code civil, sera punie des peines portées au précédent article. » L'art. 58 du Code civil, dont l'art. 347 est la sanction, est ainsi conçu : « Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé. »

L'orateur du Corps législatif expliquait cette disposition en ces termes : « La même peine doit atteindre toute personne qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, négligerait de le recueillir et de le remettre à l'officier public, qui, après avoir constaté son existence, est chargé de le déposer dans cet asile où le gouvernement confie à la charité active, à la piété compatissante, le soin d'acquitter, au nom de la patrie, la dette de la nature. »

Les éléments de ce délit sont les mêmes que dans le cas prévu par l'art. 346. Il s'agit également d'une contravention matérielle et non d'un délit moral[1], d'une négligence et non d'une fraude, enfin d'une obligation de faire imposée à certaines personnes ; cette obligation n'est prescrite, soit par l'art. 58 du Code civil, soit par l'art. 347 du Code pénal, qu'aux personnes qui, *ayant trouvé un enfant nouveau-né*, ne l'ont pas remis à un officier de l'état civil, car la loi n'a pas désigné cet officier ; ainsi, la personne qui a *trouvé* l'enfant et l'a remis à un tiers est seule passible de la peine : celui-ci a certainement le devoir de le présenter à l'officier de l'état civil, mais sa négligence n'est passible d'aucune peine.

La loi, à côté du délit, a placé une excuse. Le deuxième paragraphe de l'art. 347 porte : « La présente disposition n'est point applicable à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant, et qui aurait fait sa déclaration, à cet égard, devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé. »

1. * * V. la note 1, p. 468.

Cette obligation et cette déclaration font disparaître le délit : la remise de l'enfant se trouve alors remplacée par cette déclaration, qui suffit pour assurer l'état et les droits de l'enfant.

CHAPITRE LXII.

DE L'EXPOSITION D'ENFANT.

(*Commentaire des art.* 349, 350, 351, 352 *et* 353 *du Code pénal.*)

1726. L'exposition d'enfant est l'un de ces crimes que le législateur ne punit qu'en transigeant avec les mœurs, dans la crainte de pousser les coupables à un plus grand crime, l'infanticide.

La loi romaine avait ordonné que l'enfant exposé par son père fût affranchi de la puissance paternelle, et par son maître, de l'esclavage [1]. Elle proclamait ce crime plus odieux et plus cruel que l'homicide lui-même ; mais elle n'avait édicté aucune peine spéciale.

1. Nov. 54, cap. 1 ; l. 2 et 3, Cod. de infantibus expositis.

Les anciens auteurs l'ont défini en termes très précis : « Le crime d'exposition d'enfant, dit Jousse, se commet lorsqu'un père ou mère, après l'accouchement, exposent ou font exposer leurs enfants pour se délivrer de la honte que cet accouchement pourrait leur causer, ou pour ne pas les nourrir, attendu leur pauvreté [1]. » Cependant, il n'existait d'autres règles, pour la punition de ce crime, que celles établies par la jurisprudence des arrêts : « Il paraît, dit Muyart de Vouglans, que la nécessité de prévenir un plus grand mal a fait qu'on s'est un peu relâché de la rigueur des peines que ce crime paraît mériter, et même que les exemples de punition sont devenus extrêmenent rares depuis l'établissement des hôpitaux destinés à recueillir les enfants abandonnés [2]. » La peine ordinaire était le fouet et le bannissement ; mais cette peine devenait plus grave si l'enfant avait été exposé dans un état de nudité, sans ligature, et avec des circonstances qui pouvaient compromettre sa vie.

1727. Le Code de 1791 était resté muet relativement à ce crime ; le législateur de 1810 n'a pas commis la même faute : il a apprécié le danger de l'impunité et le danger d'une répression trop sévère, il a su éviter heureusement ces deux écueils. Nous verrons ces dispositions répétées dans quelques législations étrangères.

Le Code pénal, en incriminant l'exposition d'enfant, a gradué les peines suivant le danger qu'a couru l'enfant, et suivant aussi l'intention présumée de celui qui l'a exposé. Ce danger et cette intention paraissent différer, suivant que le lieu de l'exposition est ou n'est pas solitaire. Cette circonstance est donc devenue la base des distinctions de la loi. Prenons d'abord le délit le plus simple ; nous parcourrons ensuite les diverses circonstances qui viennent l'aggraver.

L'art. 352 est ainsi conçu : « Ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu non solitaire un enfant au-dessous de l'âge

1. Tome 4, p. 23.
2 Lois crim., p. 181.

de sept ans accomplis seront punis d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à cent francs. »

La première remarque à faire, c'est que l'exposition de l'enfant n'est un délit que lorsque l'enfant exposé a moins de sept ans. Quand il a passé cet âge, son exposition ne peut que rarement exercer sur ses jours une influence funeste. Son but ne peut être que de compromettre son état civil et d'exposer sa destinée au hasard ; or, cet effet peut être plus facilement prévu par les renseignements qu'un enfant de sept ans accomplis est en état de donner sur ses premières années. « Passé cet âge, dit l'exposé des motifs, la loi présume que l'enfant peut connaître les personnes entre les mains desquelles il se trouve et le lieu de leur demeure ; qu'il peut, en un mot, fournir les renseignements nécessaires pour qu'il soit possible de retrouver la trace qu'on a voulu faire perdre. » Cette règle, qui pose une limite à l'incrimination, s'étend à tous les cas où l'exposition est qualifiée délit ou crime par la loi.

1728. La distinction que fait le Code entre les lieux *solitaires* et *non solitaires* forme la base de la gradation de ses peines. Cette distinction pourrait paraître trop absolue ; on pourrait faire remarquer que le danger de l'exposition ne dépend pas seulement du lieu, mais aussi de l'époque où elle est faite et des circonstances qui l'ont accompagnée. C'est ainsi que, tout en prenant la même base, les autres législations en ont développé les motifs. La loi autrichienne distingue également, d'abord, si l'exposition a été faite dans un lieu fréquenté ou peu fréquenté ; ensuite, s'il y avait ou non lieu d'espérer qu'on arriverait promptement à le découvrir et à le sauver (art. 134 et 135) [1].

1. * * Le Code pénal allemand (art. 221) punit de trois ans d'emprisonnement « celui qui aura exposé une personne qui, à raison de son jeune âge, de ses infirmités ou de ses maladies, ne peut s'aider elle-même, ou aura volontairement délaissé sans secours ladite personne placée sous sa garde. » — Si une lésion grave en a été le résultat, la peine sera la réclusion pendant dix ans, et avec trois ans au minimum, si la mort s'en est suivie.

Cette critique serait fondée s'il fallait entendre le *lieu solitaire* dans un sens précis et absolu. Mais cette solitude du lieu n'est-elle pas relative ? ne dépend-elle pas des circonstances ? Un lieu tel qu'il soit n'est pas solitaire, dès qu'il y a lieu de présumer que l'enfant y peut trouver des secours ; il le devient s'il y a lieu de croire qu'il ne devait en trouver aucun. Telle est l'explication donnée par l'orateur du gouvernement. Les peines, a dit M. Faure, doivent être plus ou moins fortes, suivant le danger qu'on a fait courir à l'enfant ; et ce danger est plus ou moins grand, suivant que le lieu de l'exposition est ou n'est pas solitaire. Il était impossible que la loi donnât une explication précise à cet égard ; elle s'en rapporte aux juges, car le lieu le plus fréquenté peut quelquefois être solitaire, et le lieu le plus solitaire être très fréquenté. Cela dépend des circonstances. » Ces paroles éclairent parfaitement le sens de la loi ; il en résulte que le caractère du lieu dépend des chances de secours que l'enfant exposé peut y trouver, et de la présomption que ces secours arriveront plus ou moins promptement ; le lieu doit être déclaré solitaire ou non solitaire, suivant que le péril qu'a couru l'enfant a été plus ou moins grave, suivant qu'il y avait lieu de présumer qu'il serait recueilli plus ou moins vite. Il serait donc inutile d'ajouter au texte de la loi, comme l'a proposé un professeur étranger, que tout délaissement fait *de nuit* serait regardé comme fait en un lieu solitaire [1]. Cette décision est dans la loi même, pourvu d'ailleurs que l'heure avancée de la nuit ait pu mettre en danger les jours de l'enfant.

La loi suppose, lorsque l'exposition a eu lieu dans un endroit fréquenté, que son auteur n'a pas eu l'intention de compromettre la vie de l'enfant, qu'il n'a voulu que faire perdre les traces de sa naissance. De là la modération de la peine ; de là l'absence de toute responsabilité dans le cas où des accidents suivraient l'exposition. C'est cette intention spéciale qui forme la moralité du délit. Mais si les débats, si les aveux du prévenu venaient à révéler une intention homi-

1. M. Destriveaux, Essai sur le Code pénal, p. 133.

cide, le fait changerait-il de nature? Evidemment non, car l'intention ne peut être incriminée que lorsqu'elle s'unit à un fait matériel d'exécution ; or, l'exposition dans un lieu non solitaire ne pouvant ordinairement mettre les jours de l'enfant en danger, il ne resterait qu'une intention coupable sans exécution, et qui dès lors échapperait à la répression. Le fait ne pourrait être puni qu'à raison de l'intention qu'il constate par lui-même.

1729. Nous avons examiné deux des éléments du délit ; il reste à rechercher ce qu'il faut entendre par un fait d'exposition. L'art. 352 et les autres articles de la même section ne punissent que *ceux qui auront exposé et délaissé*; le fait matériel de l'exposition doit donc comprendre ces deux circonstances : l'exposition proprement dite consiste dans l'acte de déposer l'enfant dans un lieu public ; le délaissement consiste à l'abandonner dans ce lieu, privé de toute assistance. La Cour de cassation a reconnu la nécessité de cette double circonstance par plusieurs arrêts qui portent : « qu'il faut que l'exposition d'un enfant ait été accompagnée du délaissement de cet enfant pour donner lieu à l'application de la peine instituée par cet article [1]. »

Mais le sens du mot *délaissement* n'a point été fixé d'une manière précise par la jurisprudence. La Cour de cassation a décidé, dans une espèce qui se trouve suffisamment indiquée dans le texte même de son arrêt, « que si, pour qu'il y ait lieu à l'application de la disposition de cet article, il faut que l'enfant exposé ait été délaissé, il y a délaissement toutes les fois que l'enfant a été laissé seul, et que, par ce fait d'abandon, il y a eu cessation, quoique momentanée, ou interruption des soins et de la surveillance qui lui sont dus ; que, dans l'espèce où il s'agissait d'un enfant nouveau-né exposé à la porte d'une maison, il a seulement été reconnu que les inculpés, ayant remarqué, par la lumière qu'on y voyait,

1. Cass., 7 juin 1834 et 30 avril 1835, S.35.1.80 et 667. — * * Comp. Caen, 10 mai 1876 ; S.76.2.296 ; — Poitiers, 2 décembre 1876 ; S.77.2.196 ; — Besançon, 5 février 1879 ; S.79.2.55.

que les habitants n'étaient pas encore couchés, avaient frappé à cette porte, et s'étaient retirés aussitôt qu'ils avaient entendu qu'on l'ouvrait; qu'il n'est point reconnu que l'enfant ait été recueilli au moment même de l'ouverture de la porte, et que ce ne soit qu'après avoir vu que l'enfant avait passé entre les mains de quelques autres personnes qui s'étaient chargées de veiller à sa sûreté, que ceux qui l'avaient exposé se sont retirés; qu'en cet état de faits, il n'y avait donc pas eu, en faveur de l'enfant exposé, la continuité de soins et de surveillance sans laquelle s'opère nécessairement le délaissement prévu par l'art. 352 [1]. »

Cette décision, appliquée aux faits de l'espèce, ne saurait être l'objet d'aucune critique. Mais, à un point de vue général, la Cour de cassation n'a-t-elle pas posé des limites trop étroites au fait de délaissement, en le faisant consister uniquement dans une interruption des soins qui sont dus à l'enfant? Le seul fait d'abandonner cet enfant, après l'avoir exposé, n'est-il pas un fait de délaissement? Qu'importe que l'exposant ne s'éloigne qu'après avoir vu des personnes étrangères s'approcher du lieu de l'exposition? Qui l'assure que ces personnes le recueilleront et lui donneront les soins qui lui sont nécessaires? Qui le garantit que, non moins cruelles que lui, elles ne l'abandonneront pas? Nous n'hésitons donc pas à croire qu'il y a délaissement toutes les fois que l'exposant abandonne l'enfant sans s'être assuré qu'il a été recueilli.

1730. La question présentait moins de difficultés dans une autre espèce où l'enfant avait été déposé dans le tour d'un hospice, et recueilli par le préposé de cet hospice. La Cour de cassation a décidé que ce dépôt ne constituait point un acte de délaissement, attendu, dans la première espèce, « que la personne chargée de ce dépôt ne s'est retirée qu'après avoir vu le préposé recueillir l'enfant [2]; » et dans une seconde espèce, « que la prévenue, après avoir exposé son enfant

1. Cass., 27 juin 1820, Devill. et Car., 6, p. 263; Journ. du pal, à sa date.

2. Cass., 30 avril 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p. 133.

dans le tour de l'hospice, ne s'est retirée qu'au moment où elle a entendu la religieuse préposée à ce service prendre l'enfant dans le tour[1] ». Ainsi ces deux arrêts constatent, pour déclarer qu'il n'y a pas de délaissement, que l'exposant ne s'était retiré qu'après s'être assuré que l'enfant était recueilli ; c'est l'application de la règle que nous venons d'énoncer. Il y aurait délaissement, au contraire, si l'exposant s'était retiré sans vérifier ce fait, lors même que l'exposition aurait eu lieu à la porte d'un hospice ; c'est ce que la Cour de cassation a reconnu encore en déclarant : « que la disposition de l'article 352 est générale ; qu'elle n'établit et par conséquent n'admet aucune distinction relativement aux lieux non solitaires dans lesquels un enfant aurait été exposé et délaissé ; qu'ainsi le délit d'exposition qui y est prévu et puni peut s'opérer par le délaissement d'un enfant à la porte d'un hospice, comme à la porte de toute autre maison particulière[2]. »

1731. Dans cette dernière espèce, l'enfant exposé était légitime, et l'arrêt a ajouté, sans qu'il eût besoin de cette considération pour justifier sa décision : « que si le décret du 19 janvier 1811 a autorisé à porter, dans certains cas, des enfants aux hospices, il a en même temps réglé quels enfants pourraient y être reçus ; que la faveur de la loi ne s'étend qu'à ceux qui auraient été trouvés ou abandonnés, et aux orphelins ; que ce même décret a, par l'art. 2, déterminé ce qu'on doit entendre par enfant trouvé, et, par l'art. 5, quels sont les enfants qui doivent être réputés abandonnés ; que, dans l'espèce, l'enfant dont il s'agit, et qui a été trouvé exposé dans le tour de l'hospice, n'était ni orphelin, ni enfant trouvé, ni enfant abandonné ; qu'il n'était donc point de la classe de ceux qui pouvaient être reçus dans l'hospice, et que, par une conséquence nécessaire, il n'avait point été permis de l'y porter. » L'action de deux époux qui exposent leur

1. Cass., 7 juin 1834, S.35.1.80 ; et Cass., 16 déc. 1843, Bull. n. 318, S.44.1.327.
2. Cass., 30 oct. 1812, Devill. et Car., 4, p. 210 Journ. du pal., à sa date.

enfant à l'hospice est une action si infâme, qu'on se sent porté naturellement à adopter cette jurisprudence. Mais d'abord il faut remarquer que si cette exposition a précédé la déclaration de la naissance de l'enfant, ou si, dans tous les cas, elle a été faite de manière à faire perdre les traces de sa famille, il y a crime de suppression d'état, punissable, aux termes de l'art. 345, de la peine de la réclusion. Ensuite, comment la qualité de l'enfant pourrait-elle avoir quelque influence sur la nature d'un acte purement matériel, du délaissement ? Cet acte, qui, dans l'esprit de la loi, consiste à laisser un être faible privé de toute assistance, n'a-t-il pas nécessairement le même caractère, soit que l'enfant soit naturel ou légitime ? Il est plus odieux sans doute dans ce derniers cas, parce que le devoir est plus sacré ; mais la loi n'a pas puni l'infraction du devoir moral ; elle a jeté un voile sur l'immoralité de l'abandon ; elle n'a puni qu'un acte inhumain qui pouvait causer la mort ou compromettre la santé d'un enfant nouveau-né et ce délit est dès lors le même à l'égard de tous les enfants. Le décret du 19 janvier 1811 ne saurait d'ailleurs justifier l'arrêt ; il définit les enfants trouvés: « ceux qui, nés de pères et mères inconnus, ont été trouvés exposés dans un lieu quelconque, ou portés dans les hospices destinés à les recevoir. » Ainsi tous les enfants portés dans les hospices, quels qu'ils soient, sont des enfants trouvés ; le décret ne recherche point leur origine, il les qualifie d'après le fait de leur dépôt. Mais lors même que le décret, comme nous le croyons d'ailleurs, n'aurait eu en vue que les enfants naturels, s'ensuivrait-il que le dépôt dans un hospice d'un enfant légitime devrait prendre le caractère prévu par l'art. 352 ? Ce délit n'a-t-il pas ses caractères spéciaux, indépendants des dispositions de ce décret ? On objecte que son art. 23 porte que : « les individus qui seraient convaincus d'avoir exposé des enfants, et ceux qui feraient habitude de les transporter dans les hospices, seront punis conformément aux lois. » Mais, dans le premier cas prévu par cet article, il s'agit évidemment d'une exposition hors de l'hospice, exposition que le décret est destiné à prévenir ; et, dans le second cas, il s'agit d'un fait, l'habitude du dépôt

d'enfants dans les hospices, qui n'a aucun rapport avec l'article 352, et n'est même prévu par aucune loi. Nous le répétons : il s'agit d'une action odieuse qui peut, dans certains cas, soit constituer le crime de suppression d'état, soit le délit de délaissement, mais qui ne saurait suppléer aux éléments légaux de ces deux délits, par le seul fait de la légitimité de l'enfant. Peut-être, au surplus, faut-il louer la sagesse qui a laissé cette lacune dans la loi ; la misère et la débauche peuvent porter des pères et mères mariés à attenter aux jours de leurs enfants ; et le législateur qui, en écrivant les dispositions qui nous occupent, ne consultait que l'intérêt de ces frêles créatures, a dû laisser des délits moins graves impunis, et leur ouvrir, comme un port contre les attentats qui les menaçaient, ces tours des hospices que quelques esprits systématiques veulent fermer.

1732. L'art. 352 nous suggère une dernière observation : les auteurs de l'exposition en un lieu *non solitaire* ne sont point responsables des accidents qui ont pu survenir à la suite de l'exposition ; la peine n'en est point aggravée [1]. Le motif de cette lacune est sans doute que l'agent, en choisissant un lieu fréquenté, n'avait pas eu l'intention que l'enfant pût souffrir de l'exposition. Mais il ne doit pas être moins responsable des suites éventuelles de son action ; ces suites, il pouvait les prévoir ; elles doivent entrer dans l'imputabilité du fait.

L'art. 353 prévoit une circonstance aggravante du délit prévu par l'art. 352, tirée de la qualité de l'agent ; il est ainsi conçu : « Le délit prévu par le précédent article sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de vingt-cinq francs à deux cents francs, s'il a été commis par les tuteurs et tutrices, instituteurs ou institutrices de l'enfant. » M. Destriveaux a pensé avec raison qu'à côté des tuteurs et des instituteurs, la loi aurait dû placer les nourrices, et faire aussi de cette qualité une circonstance aggravante [2].

1. Cass., 28 déc. 1860, Bull. n. 305.
2. Essais, p. 133.

L'orateur du Corps législatif a motivé cette disposition en ces termes : « Le projet de la loi soumet à un châtiment plus sévère les tuteurs et les tutrices. Plus la loi les environne de pouvoirs et de droits sur l'être impuissant et faible qu'elle leur confie, plus elle doit punir en eux un délaissement qui réunit un abus de confiance à la culpabilité qu'ils partagent avec ceux qui ne sont pas liés par des obligations particulières. »

1733. Le délit devient plus grave quand l'exposition a eu lieu dans *un lieu solitaire*. L'art. 349 est ainsi conçu : « Ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu solitaire un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de six mois à deux ans, et à une amende de seize francs à deux cents francs. »

Les éléments de ce délit sont les mêmes que ceux du délit prévu par l'art. 352 : ainsi l'incrimination ne s'applique qu'à l'exposition des enfants au-dessous à l'âge de sept ans accomplis; ainsi le délit n'existe qu'autant qu'au fait de l'exposition se joint celui du délaissement, et les caractères de ces faits sont ceux que nous avons indiqués plus haut. La seule différence naît du lieu de l'exposition : ce lieu est solitaire. « Cette exposition, dit l'exposé des motifs, est plus criminelle si l'enfant est abandonné dans un lieu solitaire : dans le premier cas, les auteurs de cet abandon ont voulu moins ôter la vie à l'enfant délaissé, que faire perdre les traces de sa naissance. Mais l'abandon dans un lieu isolé ou solitaire dénote l'intention de détruire jusqu'à l'existence de l'être infortuné destiné à perdre la vie par un crime, après l'avoir le plus souvent reçue par une faute. » Nous avons expliqué ce qu'il faut entendre par lieu solitaire.

Cette circonstance constitue, dans la plupart des législations, une cause d'aggravation de la peine. Dans l'ancien droit, les peines du fouet et de la flétrissure étaient remplacées par la peine de mort, suivant Jousse, « si l'enfant était exposé nu à un grand froid ou sans qu'on lui eût fait la ligature du nombril, et qu'il vînt à mourir ou à être dévoré de

quelque bête[1]. » Il en était de même si l'enfant était abandonné *en des lieux où il pouvait mourir*. Le Code autrichien prononce la peine de cinq ans de prison dure, *si l'enfant est exposé dans un lieu éloigné, ordinairement peu fréquenté, ou bien avec des circonstances telles qu'il ne peut être, avec facilité, promptement découvert et sauvé* (art. 134).

1734. L'art. 349 punit non-seulement l'auteur de l'exposition de l'enfant, *mais ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté*. Il semble, à la première vue, que cette disposition était inutile, puisque l'art. 60 du Code pénal répute complices de toute action qualifiée délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, ont provoqué à commettre cette action. Mais il est évident qu'il s'agit ici, outre ces faits généraux, d'un fait particulier de complicité : l'ordre seul, dans les termes de l'art. 60 du C. pén., ne suffirait pas pour constituer la complicité légale ; il faudrait que celui qui l'a donné eût provoqué, en outre, à commettre le délit par abus d'autorité ou de pouvoir. L'art. 349 a voulu dégager de ces dernières conditions la provocation commise par ordre, en ce qui concerne le délit qu'il prévoit : le seul ordre donné et suivi d'exécution le constitue. Au reste, ce mode spécial de complicité n'a lieu qu'à l'égard de l'exposition dans un lieu solitaire : si le délit a été commis dans un lieu non solitaire, ceux qui l'ont ordonné peuvent être punis si leur participation réunit les caractères de la complicité légale ; mais l'ordre seul, isolé de toute circonstance d'abus de pouvoir ou d'autorité, ne suffirait pas pour les rendre passibles de la peine. Cette distinction ne peut s'expliquer que par la distance morale qui sépare les deux délits, et qui semble exiger une sévérité moins grande à l'égard de celui qui peut avoir les résultats moins graves. C'est par suite de cette doctrine qu'il a été reconnu que, dans une accusation d'exposition dans un lieu solitaire, le procureur général n'avait pas le droit de formuler dans son acte d'accusation le fait de l'ordre donné d'exposer, non énoncé dans l'arrêt. Il appartient au seul président des assises de poser, comme résultant

1. Tome 4, p. 24.

des débats, la question subsidiaire de savoir si l'ordre d'exposer l'enfant a été donné par l'accusé [1].

1735. Quel est le caractère de l'ordre, dans le sens de l'article 349? L'ordre, dans le sens strict de ce mot, suppose le droit de commander et le devoir d'obéir; tels sont les rapports d'un supérieur avec ses subordonnés, d'un maître avec ses domestiques. C'est dans ce sens que la loi romaine disait: *Sive quis suis manibus cædat, sive imperet servo, hâc actione tenetur: idem et si filio imperet* [2]. Mais une interprétation aussi restreinte est-elle conforme à l'esprit de la loi? Si l'ordre n'a pas été donné à un inférieur, s'il n'y avait pas subordination de la part de celui-ci, si enfin cet ordre a pris le caractère d'un véritable mandat, l'article cesserait-il d'être applicable? Nous hésitons à le penser: l'ordre n'est en lui-même qu'une sorte de mandat: *jussus ferè eadem est ratio quæ mandati.* On ne concevrait pas que celui qui l'a donné fût à l'abri de la peine, par cela seul que l'exécuteur serait son égal et non son subordonné, par cela seul qu'il aurait donné une commission et non un ordre. La nuance qui sépare ces deux actes peut servir à distinguer la criminalité des deux exécuteurs; mais dans cette espèce, elle ne met aucune différence entre les provocateurs. Enfin, si les termes de l'article 349 étaient pris dans un sens trop étroit, leur utilité deviendrait assez douteuse; ils dévieraient trop peu, en effet, de la règle générale de l'art. 60, pour que leur insertion dans la loi parût complétement justifiée.

1736. L'art. 350 contient une disposition corrélative de celle de l'art. 353; il est ainsi conçu: « La peine portée au précédent article sera de deux ans à cinq ans, et l'amende de cinquante francs à quatre cents francs, pour les tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices de l'enfant exposé et délaissé par eux ou par leur ordre. » Nos observations précédentes sur l'article 353 s'appliquent naturellement ici. On doit remarquer, de plus, que la peine du délit, qui est doublée dans l'art. 353, à raison de la qualité des agents, est portée

1. Cass., 28 déc. 1860, Bull. n. 305.
2. L. 7, § 4, Dig. arbor. furt.

à plus du double dans l'art. 350, dont l'espèce est parfaitement identique, sans que rien rende raison de cette différence. Cet article inculpe aussi les tuteurs et instituteurs, non-seulement à raison du fait de l'exposition, mais à raison de *l'ordre* qu'ils auraient donné d'exposer. On doit entendre ce mot dans le même sens que dans l'art. 349.

1737. Enfin, l'exposant dans un lieu solitaire est déclaré responsable des suites de l'exposition : « Car il ne pouvait se dissimuler, porte l'exposé des motifs, que la privation absolue où il laissait l'enfant de toute espèce de secours, l'exposait à cet événement, et il ne tenait qu'à lui de l'en préserver ; dès qu'il ne l'a pas fait, la loi déclare qu'il en est la cause volontaire, et le soumet aux peines établies contre les auteurs de blessures ou d'homicides volontaires. »

L'art. 351 est ainsi conçu : « Si, par suite de l'exposition et du délaissement prévus par les art. 349 et 350, l'enfant est demeuré mutilé ou estropié, l'action sera considérée comme blessures volontaires à lui faites par la personne qui l'a exposé et délaissé ; et si la mort s'en est suivie, l'action sera considérée comme meurtre : au premier cas, les coupables subiront la peine applicable aux blessures volontaires, et au second cas, celle du meurtre. »

Remarquons qu'il ne s'agit que de l'exposition prévue par les art. 349 et 350, et, par conséquent, de l'exposition d'un enfant au-dessous de sept ans dans un lieu solitaire : dans ce cas seulement, l'agent est responsable des résultats de son action ; le délit s'aggrave à raison du mal éprouvé par l'enfant exposé.

Les souffrances et maladies passagères de l'enfant ne suffiraient pas pour motiver l'aggravation, la loi exige qu'il soit demeuré *mutilé* ou *estropié*. La peine est alors celle prévue par l'art. 309 pour les blessures qui ont occasionné une maladie ou une incapacité de plus de 20 jours. Si la mort a suivi l'exposition de manière qu'elle en ait été le résultat, il faut distinguer : si l'enfant a été exposé et délaissé avec le dessein constaté de le faire périr par ce moyen ; par exemple,

si cet enfant nouveau-né a été laissé la nuit et pendant les froids d'hiver, dépouillé de ses langes, dans un lieu solitaire, il n'y aurait plus une simple exposition suivie de mort, il y aurait crime d'infanticide. L'exposition que la loi assimile au meurtre est celle dans laquelle l'agent n'a pas voulu directement donner la mort à l'enfant ; mais il a dû prévoir que l'exposition pourrait avoir cet effet, et, en risquant la vie de cet enfant avec cette probabilité, il s'est rendu responsable des conséquences plus ou moins graves de son action.

1738. Enfin il n'est pas inutile de mentionner ici que la solitude du lieu, qui est une circonstance aggravante de l'exposition simple, devient une circonstance constitutive de l'exposition suivie de blessures ou de mort. C'est ce qui a été jugé par un arrêt qui dispose : « qu'il résulte de la combinaison des articles 349, 351 et 352 que, lorsque la mort de l'enfant a suivi l'exposition ou le délaissement, il n'y a d'accusation de meurtre qu'autant que le lieu de l'exposition a été solitaire ; que, dans ce cas, la circonstance de la solitude du lieu, qui, si l'on confère l'art. 349 avec l'art. 352, peut être simplement aggravante, devient circonstance constitutive du crime dans la relation de l'art. 349 avec l'art. 351 [1]. » D'où il suit que la question qui énonce à la fois l'exposition et le lieu solitaire n'est pas complexe.

1. Cass., 28 déc. 1860, Bull. n. 305.

CHAPITRE LXIII.

DE L'ENLÈVEMENT DES MINEURS.

(*Commentaire des art.* 354, 355, 356 *et* 357 *du Code pénal.*)

1739. Dispositions du droit romain sur cette matière.
1740. Dispositions de notre ancien droit. Distinction du rapt de violence et du rapt de séduction.
1741. Législation nouvelle. Disposition de l'art. 354.
1742. Caractères et éléments du crime d'enlèvement de mineurs.
1743. Il n'y a point lieu de distinguer entre l'enlèvement et les faits d'entraînement, de détournement et de déplacement.
1744. L'enlèvement n'est punissable, dans les termes de l'art. 354, qu'autant qu'il est commis avec fraude et violence.
1745. Il n'est punissable qu'autant qu'il a été commis sur la personne d'un mineur.
1746. Quel est le but criminel que doit se proposer l'agent ?
1747. Résumé des différents éléments du crime.
1748. Circonstance aggravante résultant de l'âge de la victime (art. 355).
1749. Cas où la fille enlevée a suivi volontairement son ravisseur (art. 356).
1750. La fraude ou la violence ne sont point un élément constitutif de ce crime.
1751. L'art. 356 n'est appliqué qu'à la séduction pratiquée par un homme sur une jeune fille. Il ne s'applique pas aux femmes.
1752. L'âge de vingt et un ans du séducteur est une circonstance aggravante.
1753. Il faut que la jeune fille enlevée ne soit pas âgée de moins de seize ans.
1754. Fin de non-recevoir contre la poursuite résultant du mariage du ravisseur avec la fille enlevée.
1755. La demande en nullité de mariage équivaut-elle à la plainte exigée par la loi ? Conditions de la poursuite.
1756. *Quid* si la nullité du mariage a été prononcée ?
1757. La question de validité ou de nullité du mariage est préjudicielle.
1758. La fin de non-recevoir résultant du mariage doit-elle s'étendre aux complices ?

1739. La loi romaine confondait dans la même incrimination *le rapt commis avec violence* et le viol ; elle punissait les

ravisseurs de la peine capitale : *Raptores virginum honestarum capitis supplicio plectendos decernimus* [1]. Mais elle supposait que le rapt avait eu pour but et pour résultat l'accomplissement du viol : *maximè cùm virginitas vel castitas corrupta restitui non possit.* Toutefois, le rapt ne changeait pas de caractère quand il avait été commis avec le consentement de la personne enlevée, parce que le consentement était présumé surpris à son inexpérience et à sa faiblesse, et le fruit d'une captation criminelle : *Hoc ipsum velle mulierem ab insidiis nequissimi hominis, qui meditatur rapinam, inducitur ; nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus se prodere* [2].

1740. Notre ancienne législation distinguait deux espèces de rapt : *le rapt de violence* et *le rapt de séduction.*

Le *rapt de violence* n'était, à proprement parler, qu'une tentative de viol : Jousse le définissait « l'enlèvement qui se fait par force d'une fille ou d'une femme, pour en jouir contre sa volonté [3]. Farinacius donnait le même but à ce crime : *qui raptu potitur stupro fruitur* [4]. Decianus posait la même règle : *Raptum esse mulieris violentiam vel abductionem mulieris honestœ et invitœ de loco ad locum animo eam carnaliter cognoscendi* [5]. Baïardus limite également l'application de la peine à ceux qui ont enlevé la personne dans la vue d'en abuser, *qui libidinis causâ rapiunt* [6]; et Farinacius ajoute que le crime change de nature si le rapt a un autre but : *In rapiente mulierem non causâ libidinis, sed et aliâ causâ, non intrat pœna raptûs* [7]. Le rapt de violence n'était donc qu'un

1. L. 53 au Cod. de episc. et clericis; l. un. au Cod. de raptu virginum ; Nov. 143, de muliere raptum passâ.

2. L. 53 au Cod. de episc. et cleric. ; l. un. au Cod. de raptu virginum; Nov. 143, de muliere raptum passâ.

3. Traité de just. crim., t. 3, p. 743.

4. Quæst. 145, num. 2; Julius Clarus, de raptu.

5. L. 8, c. 7, num., 4.

6. Ad Julium Clarum, de raptu, num. 1.

7. Quæst. 145, num. 45.

moyen de perpétration de viol : « Les lois, dit Jousse, ont regardé ces deux espèces de crimes comme semblables ; et même on a appliqué à tous les deux les dispositions des ordonnances qui n'étaient rendues que pour l'un ou l'autre de ces crimes [1]. »

Le *rapt de séduction* était l'enlèvement commis sans violence, mais contre le gré et à l'insu des parents d'une fille ou d'un fils mineurs, soit pour l'entraîner dans la débauche, soit pour consommer un mariage clandestin. Ce crime était plus particulièrement appelé *raptus in parentes*, parce que la personne ravie était sous la puissance de ses père et mère, tuteur ou curateur ; c'est contre eux que le rapt était commis ; et le consentement de cette personne n'effaçait nullement le délit, parce que la séduction paraissait plus odieuse encore que la contrainte : *Persuadere plus est quàm compelli atque cogi sibi parere* [2] ; et suivant la maxime posée par Baldus : *Voluntas vitiata per dolum vel machinationem non excludit delictum* [3]. L'art. 42 de l'ordonnance de Blois portait : « Tous ceux qui se trouveront avoir suborné fils ou filles mineurs de 25 ans, sous prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, su, vouloir et consentement exprès des pères et mères et des tuteurs, seront punis de mort, sans espérance de grâce et pardon, nonobstant tout consentement que les mineurs pourroient alléguer avoir donné audit rapt d'icelui ou auparavant. Et pareillement seront punis extraordinairement tous ceux qui auront participé audit rapt, et qui auront prêté conseil, confort et aide, en aucune manière que ce soit. » Cette ordonnance a été renouvelée et confirmée par celle du mois de janvier 1629, et par la déclaration du 26 novembre 1639. Cette déclaration porte : « que cette peine de mort aura lieu quand même les pères et mères, tuteurs ou curateurs consentiroient dans la suite au mariage, ou même qu'ils le requerroient. » Une autre déclaration du 22 novembre 1730 proscrit l'usage des Cours d'ajouter à la con-

1. Tome, 3, p. 743.
2. L. 1, § 3, Dig. de servo corrupto.
3. In lege 1, au Cod. de raptu virginum.

damnation des ravisseurs cette clause : *Si mieux ils n'aiment épouser la personne ravie,* et leur enjoint de juger suivant la rigueur des ordonnances.

1741. Le Code de 1791 n'avait, de ces deux espèces de rapt, maintenu que la première ; l'art. 32 de la section 1re du titre 2 portait : « Quiconque aura été convaincu d'avoir, par violence et à l'effet d'en abuser ou de la prostituer, enlevé une fille au-dessous de quatorze ans accomplis, hors de la maison des personnes sous la puissance desquelles est ladite fille, ou de la maison dans laquelle lesdites personnes la font élever, ou l'ont placée, sera puni de la peine de douze années de fers. » Ainsi ce Code ne punissait que l'enlèvement d'une fille âgée de moins de quatorze ans ; encore fallait-il qu'il fût commis avec violence et pour abuser de la personne enlevée ou la prostituer.

Notre Code a repris, mais en les modifiant, les dispositions de notre ancienne législation.

Il distingue deux sortes d'enlèvement : l'un qui s'opère par *fraude ou violence,* l'autre à l'aide de la *séduction.* Le premier est prévu par l'art. 354 ainsi conçu : « Quiconque aura, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs, ou les aura entraînés, détournés ou déplacés, ou les aura fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion. » [1]

Les termes de cet article laissent subsister quelque obscurité dans les conditions de l'incrimination et nécessite quelques explications.

1742. La première condition du crime est le fait matériel de l'enlèvement : cet enlèvement s'opère par la translation du mineur de l'asile où il est placé dans un autre lieu à l'effet de le détourner de sa position : *Et hæc conductio de loco in locum*

1. * * Le même fait est puni, dans le Code pénal allemand (art. 235), de l'emprisonnement, et, si le fait a été commis dans l'intention de se servir de la personne du mineur pour mendier, ou dans un but intéressé ou immoral, de la réclusion pendant dix ans au plus.

2. Julius Clarus, § de raptu.

debet esse ad effectum abducendi[2]. L'enlèvement se compose donc de deux circonstances distinctes, le déplacement du mineur du lieu où il avait été mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels il était soumis ou confié, et sa translation dans un autre lieu. Toutefois, il ne faut pas admettre, d'après les termes un peu trop restrictifs de l'article, que l'enlèvement n'aurait plus de caractère criminel, s'il ne détournait pas le mineur des lieux où il aurait été spécialement confié ; il est évident que l'enlèvement, soit de la maison paternelle elle-même, soit des lieux où le mineur se trouve accidentellement sous la surveillance de ses parents ou des personnes auxquelles ils l'ont confié, devient également un élément du crime. Cette interprétation, qui se fonde sur la raison même de l'incrimination, peut s'appuyer, d'ailleurs, sur le texte de l'art. 31 du Code de 1791, source de l'art. 354, et qui prévoyait l'enlèvement *hors de la maison des personnes sous la puissance desquelles était la mineure*, *ou de la maison dans laquelle lesdites personnes l'avaient placée.* L'art. 354 n'a fait que réunir ces deux dispositions en une seule, en prévoyant le déplacement *des lieux* où les mineurs *étaient mis* par ceux à *l'autorité* ou à la *direction* desquels ils étaient *soumis ou confiés.* A la vérité, ces termes, un peu embarrassés, ont porté un auteur à discerner deux paragraphes dans l'article : l'un qui incrimine l'enlèvement, abstraction faite des lieux où se trouve le mineur ; l'autre qui incrimine les autres modes de détournement, mais en y attachant la condition des lieux où le mineur était déposé ou confié [1]. Cette distinction est évidemment inexacte ; il suffit d'abord de lire attentivement l'article pour se convaincre que sa dernière disposition se lie à tous les membres de la phrase [2] ; et telle est aussi l'interprétation que lui donnait l'orateur du Corps législatif. « Après avoir entouré l'enfant de mesures tutélaires et conservatrices, le projet de loi accorde aux mineurs une protection spéciale ; il prévoit leur *enlèvement du lieu où ils auraient été placés* par les personnes à l'autorité

1. M. Rauter, t. 2, p. 82.
2. V. *infrà*, Cass., 25 mars 1839, Bull. n. 137.

ou à la direction desquelles ils étaient soumis ou confiés. » Ensuite, s'il faut voir dans cette circonstance des lieux une certaine condition restrictive, si l'on peut y retrouver la trace de ce *raptus in parentes*, qui était un outrage contre les parents autant que contre le mineur lui-même, et qui dès lors ne pouvait exister qu'à l'égard des enfants de famille, soumis à une surveillance, à une autorité quelconque, il est évident que ce motif s'appliquerait à l'enlèvement aussi bien qu'aux autres modes de déplacement, et que dès lors la distinction proposée ne repose sur aucun fondement. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt qui porte : « que le caractère principal du crime défini par l'art. 354 est de porter atteinte à l'autorité des pères, mères, tuteurs et autres personnes au pouvoir desquelles les mineurs se trouvent soumis ; que ce crime, connu dans l'ancien droit sous le nom de rapt de séduction, lorsqu'il n'était pas accompagné de violence, était appelé *raptus in parentes*, parce qu'il semblait dirigé plutôt contre les parents dont il violait l'autorité, que contre les mineurs eux-mêmes, objet d'une entreprise criminelle ; qu'on doit donc considérer comme circonstance élémentaire et constitutive du crime la désignation de la personne à l'autorité ou à la direction de laquelle le mineur était soumis ou confié, et qui l'avait mis dans les lieux dont il aurait été détourné ou déplacé [1]. »

1743. L'art. 354 assimile à l'enlèvement l'*entraînement*, le *détournement* et le *déplacement* des mineurs ; il comprend également dans ses termes celui qui *les aura fait entraîner, détourner ou déplacer*. Le législateur a voulu prévoir tous les modes d'enlèvement ; il a craint que cette expression ne parût à certains égards restrictive ; il l'a en quelque sorte définie en énumérant les divers moyens par lesquels l'enlèvement peut avoir lieu. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui dispose : « que par ces mots *des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité où à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés*, les auteurs de l'art. 354 n'ont pas rattaché ces mots uniquement au mot *déplacer* qui précède, mais bien

1. Cass., 9 mai 1844, Bull. n. 163 ; S.44.1.799 ; 22 juin 1872, Bull. n. 152.

aussi aux mots *entraîner* ou *détourner* qui précèdent aussi ; d'où il suit que le crime existe dans l'une des nuances qui y sont énumérées, toutes les fois qu'il aura été exécuté par fraude ou violence, soit que les mineurs enlevés, détournés ou déplacés se trouvent dans le domicile légal de leurs parents ou tuteurs, soit qu'ils se trouvent dans les lieux où ils étaient placés par ceux à l'autorité desquels ils étaient commis ou confiés [1].

1744. Le fait matériel effectué, plusieurs conditions sont exigées pour qu'il soit punissable. Il faut qu'il ait été consommé, 1° avec *fraude ou violence* ; 2° sur la personne d'un *mineur ;* 3° dans un *but criminel.*

La fraude et la violence forment l'une ou l'autre une circonstance constitutive du crime, quel que soit le mode de l'enlèvement. La rédaction embarrassée de l'art. 354 semble ne rattacher cette circonstance qu'au premier membre de la phrase, et par conséquent au seul fait de l'enlèvement; mais le véritable sens de l'article ne présente aucun doute : « Il embrasse dans sa généralité, disait l'orateur du Corps législatif, les mineurs des deux sexes, et punit de la réclusion quiconque les aura détournés, entraînés ou déplacés par violence ou par fraude. » Si l'on faisait, d'ailleurs, une distinction à cet égard entre l'enlèvement et les autres modes de détournement, il suivrait que l'entraînement et le déplacement seraient punis avec plus de rigueur que l'enlèvement lui-même, puisque celui-ci devrait seul être accompagné de fraude ou de violence pour constituer un crime. Or, il est impossible d'admettre une distinction qui aurait pour résultat de faire punir ces modes de détournement dans des cas où l'enlèvement, qui semble porter en lui-même un caractère de perversité plus grave, ne le serait pas. La Cour de cassation n'a pas non plus hésité à déclarer « que, de la disposition générale de l'art. 354, il résulte évidemment que les faits d'entraînement, détournement ou déplacement de personnes mineures au-dessus de l'âge de seize ans, comme le fait d'enlèvement, ne peuvent être caractérisés crimes, et donner

1. Cass., 25 avril 1839, Bull. n. 137.

lieu à la peine déterminée par cet article, qu'autant que l'entraînement, le détournement ou le déplacement auraient, tout aussi bien que l'enlèvement, été effectués par fraude ou violence [1]. »

Ces deux circonstances n'ont point été définies par la loi. La violence n'avait pas besoin d'une définition; elle consiste évidemment dans tous les moyens matériels employés pour entraîner le mineur, malgré sa résistance, hors les lieux où il est placé. Mais la fraude porte avec elle un caractère moins évident. L'orateur du Corps législatif déclarait que le projet de loi punissait de la réclusion : « quiconque aura détourné, entraîné ou déplacé les mineurs par violence ou par fraude, et par conséquent à l'aide de menaces, de philtres, de liqueurs enivrantes, ou de tous autres moyens qui les auraient privés de l'usage de leur volonté. » Ces moyens extraordinaires ne constituent pas seulement une fraude, ils supposent une véritable contrainte. La fraude consiste dans des machinations coupables, des promesses fallacieuses, des piéges tendus à l'inexpérience de la jeunesse. Tel serait l'usage fait frauduleusement par l'agent du nom et de l'autorité de la famille du mineur, pour le faire sortir des lieux où il était placé; telle serait la corruption pratiquée sur ceux auxquels il était confié, pour se le faire livrer. Telles seraient encore les manœuvres employées pour arracher aux parents un assentiment fondé sur des faits faux. Ainsi, dans cette dernière hypothèse, il a été décidé, dans une espèce ou l'accusé se fondait sur le consentement des parents, « que les faits constatés par l'arrêt de renvoi excluent l'idée de l'assentiment de la mineure et de ses parents, puisqu'il est reconnu que les parents de la mineure n'ont consenti à l'éloignement de cette fille que par suite de l'assurance mensongère à eux donnée par l'accusé sur la destination qu'il réservait à ladite fille; que l'on ne peut qualifier assentiment libre celui qui n'est obtenu qu'à l'aide d'une fourberie [2]. » Toutefois, il faut distinguer la fraude de la séduction opérée sur la per-

1. Cass., 3 oct. 1816, Journ. du pal., 3e édit., t. 13, p. 639.
2. Cass., 25 avril 1839, Bull. n. 137.

sonne du mineur : lorsque celui-ci a suivi volontairement la personne accusée de détournement, sans que cette personne ait pratiqué à son égard aucuns moyens frauduleux, le crime cesse d'exister ; ce n'est qu'à l'égard des filles au-dessous de seize ans que l'art. 356, par une disposition exceptionnelle, a puni la séduction suivie d'enlèvement [1].

1745. Nous avons vu qu'il faut, pour l'existence du crime, que le rapt ait été commis sur la personne d'un *mineur*. La sollicitude du législateur s'est étendue jusqu'aux limites de l'âge qu'accompagnent ordinairement la faiblesse et l'inexpérience. La loi n'a point distingué, comme elle l'a fait ailleurs, entre les mineurs de 11, de 16, de 18 et de 21 ans : elle s'applique à tous les mineurs, quel que soit leur âge [2]. Elle embrasse les mineurs des deux sexes. Sous l'ancien droit, le rapt de séduction était également puni, soit qu'il eût pour objet les fils ou les filles mineurs ; mais la majorité était fixée à 25 ans. Par *mineurs*, l'art. 354 entend les jeunes gens depuis l'âge de 7 ans jusqu'à 21 ans accomplis ; l'enlèvement des enfants au-dessous de 7 ans a fait l'objet de notre chapitre précédent. Toutefois, la loi civile a suppléé à la majorité par l'émancipation et le mariage ; dans ces deux cas, l'état de minorité légale cesse ; il faut donc décider que le mineur émancipé ou marié cesse également d'être l'objet des dispositions de l'art. 354. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu par un arrêt qui porte « que les art. 354 et suivants du Code pénal, sainement entendus, ne s'appliquent pas aux femmes mineures mariées [3]. »

1746. Enfin une dernière condition du crime est que l'enlèvement ait été effectué *dans un but criminel*. On a vu plus haut que, dans l'ancien droit et dans le droit romain, le rapt de violence était considéré et puni comme un moyen d'exécution du crime de viol ; le Code de 1791 ne le punissait également que lorsqu'il avait eu pour but d'abuser de la personne de la victime. Il n'en est plus ainsi maintenant : la loi, sui-

1. Cass., 3 oct. 1816, Journ. du palais, t. 13, p. 638.
2. Cass., 16 janv. 1832, Bull. n. 20.
3. Cass., 1er juill. 1831, S.32.1.65.

vant l'expression de l'orateur du Corps législatif, « place le crime dans le seul fait matériel de l'enlèvement ; » elle le punit, comme le faisait l'ancienne législation à l'égard du rapt de séduction, comme un acte de violence ou de fraude commis contre l'autorité des parents, *raptus in parentes*. C'est la violation de l'autorité des parents qui fait la principale gravité du rapt : ainsi, si l'enlèvement n'a été suivi d'aucun autre délit, il n'en est pas moins punissable ; s'il a été suivi d'un délit quelconque, tel que l'excitation à la débauche, le viol, ce délit est punissable à part et abstraction faite de l'enlèvement. Cette doctrine a été appliquée par un arrêt de la Cour de cassation, qui reconnaît que c'est au seul fait de l'enlèvement ou du déplacement des mineurs par la fraude ou violence que la loi a attaché le caractère du crime, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu en même temps abus ou dessein d'abuser de la personne [1].

Le but de l'enlèvement, le dessein criminel de l'agent, est donc uniquement, dans l'esprit de la loi, l'intention de soustraire le mineur à l'autorité de ses parents : cette intention se trahit par le seul fait de l'enlèvement; la loi n'a donc point exigé d'autres faits matériels ; mais il est nécessaire que ce fait soit commis avec un tel but et par une personne dépourvue d'une autorité légitime sur le mineur, car si l'enlèvement avait un autre objet, par exemple de procurer au mineur une distraction momentanée, ou s'il était commis par une personne qui ne ferait qu'exercer un légitime pouvoir, il est évident qu'il n'y aurait plus de crime. Ainsi, dans la discussion de l'art. 354 au Conseil d'État, M. Réal rappela que, lorsqu'il y a contestation sur l'état d'un enfant, on voit quelquefois l'un des deux époux s'en emparer ; et comme l'article ne fait aucune distinction, il manifesta la crainte que cet époux ne fût puni comme ravisseur. M. Treilhard répondit : » que l'intention de la section n'avait pas été d'étendre l'article aux pères et mères, dans quelques circonstances qu'ils pussent se trouver [2]. » Cette décision doit s'étendre à tous les cas où l'agent a cru

1. Cass., 25 oct. 1821, Bull. n. 174 ; S.6.509.
2. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 12 nov. 1808.

pouvoir user d'un droit même contestable, et, à plus forte raison, au cas où il n'a pas eu l'intention d'attenter à la puissance paternelle.

1747. Les éléments du crime peuvent se résumer dans des termes précis: le premier est le fait matériel de l'enlèvement hors des lieux où la personne enlevée a été placée par ceux à l'autorité desquels elle est soumise ; la loi assimile à l'enlèvement l'entraînement, le détournement ou le déplacement de cette personne. Le deuxième élément consiste dans la violence ou la fraude qui doivent accompagner l'enlèvement. Ce sont ces circonstances qui impriment au fait matériel un caractère punissable. Enfin, et c'est la troisième condition du crime, il faut que l'enlèvement soit exercé sur des mineurs soumis à la puissance de leurs parents ou tuteurs, et qu'il ait pour but de les dérober à cette puissance. Le principal objet de la loi a été la protection de la famille et le maintien de l'autorité paternelle.

1748. Cette incrimination s'applique, ainsi qu'on l'a vu, à tous les mineurs de 21 ans, et la peine est celle de la réclusion. Mais cette disposition subit plusieurs modifications, si la personne enlevée est une fille de moins de seize ans seulement.

En premier lieu, l'art. 355 puise dans cette circonstance une aggravation de la peine : « Si la personne ainsi enlevée ou détournée est une fille au-dessous de seize ans accomplis, la peine sera celle des travaux forcés à temps [1]. »

« Il est évident, porte l'exposé des motifs, qu'un tel enlèvement n'a pu avoir lieu que pour abuser de la personne, ou pour forcer les parents à consentir au mariage. » L'orateur du Corps législatif ajoute : « Cet enlèvement peut être plus cou-

1. * * Le Code pénal allemand (art. 236) punit de la réclusion pendant dix ans au plus « celui qui, par fraude, menaces ou violences, aura enlevé contre sa volonté *une personne du sexe féminin* pour l'exciter à la débauche » ; si l'enlèvement a été commis pour amener la personne à contracter mariage, la peine est l'emprisonnement. La poursuite n'a lieu que sur plainte.

pable dans ses motifs, plus dangereux dans ses conséquences avec le sexe le plus faible: aussi est-il puni d'une peine beaucoup plus forte quand il a pour objet une fille âgée de moins de seize ans. »

Cet article a donc pour but unique d'aggraver la peine dans le cas qu'il prévoit: il ne modifie nullement les conditions de l'incrimination ; il se réfère entièrement, à cet égard, à l'art. 354; les règles que nous avons posées s'y appliquent dès lors, à la seule exception de l'âge qui constitue la minorité.

1749. Il n'en est plus ainsi dans l'art. 356; cet article est ainsi conçu: « Quand la fille au-dessous de seize ans aurait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, si celui-ci était majeur de vingt et un ans ou au-dessus, il sera condamné aux travaux forcés à temps. Si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans [1]. » Si la peine diffère suivant l'âge de l'agent, les caractères du fait incriminé ne demeurent plus les mêmes; il faut donc examiner les éléments de cette incrimination.

L'orateur du Corps législatif expliquait cette disposition en ces termes : « Peu importe, dans cette circonstance (quand le rapt a pour objet une fille âgée de moins de seize ans), que le ravisseur ait employé la violence, le dol, la fraude, ou seulement la séduction. Il est indifférent qu'il ait entraîné de force la victime loin de son asile, et que celle-ci l'ait suivi sans contrainte. Le consentement donné par une fille au-dessous de seize ans n'a aucune influence sur la nature de la peine; il est censé arraché à la timidité de ce sexe. ou être l'effet décevant des illusions et des prestiges dont il est si facile d'entourer l'inexpérience et la crédulité de cet âge. »

Ainsi la loi n'exige plus, dans cet article, que l'enlèvement ait été opéré avec fraude ou violence; il suffit, pour l'existence

1. ** Le Code pénal allemand (art. 237) prononce, contre l'enlèvement d'une fille *mineure*, non mariée, la peine de l'emprisonnement, sans distinguer d'après l'âge du ravisseur.

du crime, que la victime, mineure de seize ans, ait été détournée des lieux où l'avait placée l'autorité de ses parents, lors même qu'elle les aurait quittés elle-même volontairement pour suivre le ravisseur; c'est le rapt de séduction, tel que l'avait prévu l'ancien droit, qui se trouve incriminé et puni. L'enlèvement d'une mineure, dit Fournel, quoique revêtu de son consentement, conserve sa qualification de rapt par deux raisons: 1° parce que ce consentement est présumé surpris à son inexpérience et à sa faiblesse, et l'effet d'une captation criminelle; 2° parce que la personne ravie étant sous la puissance de ses père et mère, tuteur ou curateur, c'est contre eux que le rapt est commis. C'est sur eux que retombe principalement l'injure d'une pareille entreprise, puisqu'on leur enlève un dépôt précieux dont ils sont les gardiens, et dont la soustraction alarme tout à la fois leur honneur et leur tendresse [1]. »

La loi ne punit pas toutefois la séduction en elle-même, elle punit seulement l'enlèvement qu'elle suppose en être le résultat. Ainsi il serait sans objet de rechercher les caractères de cette séduction qui, dans l'ancien droit même, ne pouvait donner lieu à une action en réparation que lorsqu'elle avait été accompagnée de fraude, de dol ou de supercherie [2]: la séduction est présumée par cela seul que la mineure de 16 ans a consenti à suivre l'agent; la loi ne s'enquiert dès lors que du fait matériel du détournement.

1750. C'est d'après cette doctrine que la Cour de cassation a jugé, dans une espèce où le jury avait déclaré que l'accusé, majeur de plus de 21 ans, s'était rendu coupable d'avoir détourné une mineure de 16 ans de la maison de ses père et mère: « que si de la même déclaration il résultait que ledit détournement ou enlèvement n'avait été opéré *ni par fraude ni par violence*, le fait n'en rentrait pas moins dans l'application de l'art. 356 du Code pénal [3]. » Un second arrêt intervint

1. Traité de la séduction, p. 331.
2. *Ibid.*, p. 37 et 361.
3. Cass., 24 oct. 1811, Devill. et Car., 3 p. 414; Journ. du palais, t. 9, p. 666.

dans la même espèce, sur l'opposition de l'accusé, et la Cour déclara de nouveau : « que l'accusé, majeur de 21 ans, avait été déclaré coupable d'avoir détourné une jeune fille mineure de moins de 16 ans de la maison de ses père et mère, mais de l'avoir fait *sans fraude* ; qu'il a de plus été déclaré coupable d'avoir profité de la volonté de cette mineure, lorsqu'elle a quitté la maison paternelle, pour la tenir cachée à ses parents ; que ce fait est défendu par l'art. 356 du Code pénal[1]. » D'autres arrêts déclarent encore, dans la même hypothèse : « que l'art. 356 a prévu un fait distinct de celui auquel s'appliquent les art. 354 et 355 : que la fraude ou la violence, qui sont une des conditions du crime prévu par ces deux articles, ne sont plus comprises parmi les éléments du crime prévu par l'art. 356, puisque cet article suppose l'action volontaire de la victime ; que la déclaration du jury constate que le demandeur est majeur de 21 ans et qu'il a détourné une mineure de 16 ans du lieu où elle était placée par son père ; que si cette circonstance a écarté la circonstance de fraude, la seule conséquence de cette décision est que le fait, au lieu d'être passible de l'application des art. 354 et 355, s'est trouvé rentrer dans les termes de l'art. 356[2]. Dans une autre espèce, deux questions avaient été posées au jury : L'accusé est-il coupable d'avoir déterminé une fille mineure de 16 ans à ne pas retourner chez sa mère, et l'a-t-il entraînée avec lui ? S'est-il fait suivre par cette fille en lui promettant un état plus heureux que celui qu'elle aurait chez sa mère, et en lui promettant aussi de la faire habiller à neuf ? Le jury répondit négativement à la première de ces questions, et affirmativement à la seconde ; et la Cour d'assises, considérant que la réponse négative du jury à la première question détruisait toute idée de culpabilité, prononça l'acquittement. Mais cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation : « attendu qu'il est du devoir des Cours d'assises, lorsque des faits qualifiés crimes par la loi sont déclarés constants par les jurés, d'appli-

1. Cass., 14 nov. 1811, Devill. et Car., 3, p. 422 ; Journ. du palais, t. 9, p. 699.

2. Cass., 26 mars 1837, Bull. n. 122 ; 16 août 1849, Bull. n. 205.

quer les peines qu'elle prononce ; que, dans l'espèce, il résulte des réponses des jurés aux questions posées, que l'accusé, âgé de plus de 21 ans, *s'est fait suivre* par une mineure de moins de 16 ans, *en lui promettant un état plus heureux que celui qu'elle avait chez sa mère, et en lui promettant aussi de la faire habiller de neuf* ; que ce fait rentrait dans l'nn des cas prévus et punis par l'art. 356 du Code pénal ; que la circonstance même qui consiste en ce que le ravisseur *s'est fait suivre* par la mineure au moyen des promesses qu'il lui a faites offrait un caractère plus grave et un plus grand degré de culpabilité que le cas prévu par l'article précité, qui suppose purement et simplement que la mineure *a suivi volontairement* son ravisseur, sans aucune mauvaise pratique de la part de celui-ci ; que dès lors la Cour d'assises ne pouvait se dispenser de prononcer la peine portée par cet article [1]. »

1751. Le crime existe donc indépendamment de la violence et de la fraude : ce que la loi a prévu et voulu punir, c'est la corruption pratiquée sur la volonté même de la mineure, c'est l'influence séductrice à laquelle elle obéit. Aussi l'on doit remarquer que l'art. 356 ne punit cette séduction que lorsqu'elle est mise en usage par un homme : il suppose que la mineure a plus de moyens de se défendre contre la corruption pratiquée par une personne de son sexe. Ce point, qui ne nous paraît faire aucune difficulté, a reçu une démonstration complète dans un arrêt qui porte : « que l'enlèvement, le détournement ou le déplacement de mineurs ou de mineures, pour constituer un fait délictueux, doit se caractériser par l'une des circonstances prévues soit par l'art.354,soit par l'article 356 ; que l'art. 354 prévoit la circonstance de fraude ou de violence ; qu'il protége les mineurs et les mineures contre les manœuvres empreintes de l'un de ces deux caractères, à l'aide desquelles l'enlèvement, détournement ou déplacement des mineurs ou mineures serait accompli, quel que soit d'ailleurs le sexe de l'individu auteur de ces manœuvres ; qu'en ce sens il arme la société contre le danger de la perversité

1. Cass., 26 mai 1826, S.27.1.163.

d'une femme qui réaliserait, dans un but de spéculation immorale, l'enlèvement ou détournement d'une jeune fille mineure des lieux où elle aurait été placée par ceux à l'autorité ou à la direction desquels elle était soumise ou confiée ; qu'un fait de cette nature, presque toujours accompagné de la circonstance de fraude, rentre essentiellement dans les prévisions de l'art. 354 ; qu'après avoir protégé les mineurs et les mineures contre les enlèvements commis avec fraude ou violence par toute personne, sans distinction de sexe, il restait au législateur à prévoir le cas où l'enlèvement aurait été déterminé par une autre cause non moins dangereuse, à savoir : la séduction d'un sexe vis-à-vis d'un autre ; que tel est l'objet de l'art. 356, dont les termes, rapprochés de ceux de l'article 354, indiquent clairement qu'il ne peut s'agir, au cas de l'art. 356, que de l'enlèvement commis par un homme sur la personne d'une jeune fille ; que le mot *ravisseur*, employé par l'art. 356, emporte naturellement l'idée de cette restriction ; que la circonstance aggravante portée par le paragraphe premier du même article, à savoir : l'âge du ravisseur (s'il est majeur de vingt et un ans), indique encore qu'il ne s'agit que de l'enlèvement commis par un homme ; qu'en effet, l'âge, qui est d'une grande considération lorsqu'il s'agit d'un acte dont la passiou est le mobile, et qui peut aggraver ou atténuer le fait de l'homme, serait une circonstance indifférente s'il s'agissait de l'enlèvement commis par une femme sur une jeune fille ; que tandis que l'art. 354 prévoit non-seulement l'enlèvement, mais le déplacement ou le détournement des mineurs, il est à remarquer que l'article 356 ne mentionne que l'enlèvement, ce qui s'entend plus particulièrement du rapt d'un homme sur la personne d'une jeune fille ; que l'art. 356 n'a pas pour objet principal, comme l'art. 354, de protéger la puissance paternelle ou l'autorité de la famille contre l'atteinte résultant de l'enlèvement, détournement ou déplacement des mineurs ; que si la même pensée avait inspiré les deux articles, l'enlèvement des mineurs des deux sexes serait prévu et réprimé par le second article, comme il l'est par le premier, tandis qu'au contraire les dispositions de l'art. 356 s'appliquent expressément et limitative-

ment au cas de l'enlèvement de la jeune fille qui a consenti à cet enlèvement ; enfin que l'art. 357, qui se rattache intimement à l'art. 356 par la place qu'il occupe, affranchissant de toute poursuite le ravisseur qui aura épousé la jeune fille enlevée, confirme par cela même l'interprétation de l'art. 356 et ne permet pas que l'application de cet article soit faite à une femme considérée comme auteur principal de l'enlèvement d'une jeune fille, effectué dans les conditions spécifiées audit article [1]. »

1752. Le fait, au reste, n'est qualifié crime que lorsque l'agent a vingt et un ans et plus ; lorsqu'il n'a pas atteint cet âge, son action n'est considérée que comme un délit, punissable d'un emprisonnement de deux à cinq ans : « La loi se borne, dit l'exposé des motifs, à prononcer contre lui des peines de police correctionnelle ; elle le punit comme ayant commis une action très répréhensible sans doute, et comme sachant très bien que cette action était défendue par la loi ; mais elle ne veut pas le punir aussi sévèrement que s'il était d'un âge qui ne permît pas de douter qu'il a senti toutes les conséquences de son crime. » S'il a moins de seize ans, il peut invoquer en outre l'absence du discernement, et, dans tous les cas, le bénéfice des art. 68 et 69 du Code pénal. L'âge de vingt et un ans « est une circonstance aggravante de l'enlèvement, et doit être considéré sous ce rapport dans la position des questions au jury [2]. »

1753. Les articles 355 et 356 n'accordent leur protection qu'aux jeunes filles de moins de seize ans. La commission du Corps législatif avait proposé un paragraphe additionnel ainsi conçu : « Si la fille âgée de seize ans et de moins de vingt et un ans a consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, celui-ci sera condamné à deux ans d'emprisonnement au moins et cinq ans au plus. » La commission justifiait ainsi cette disposition : « Le motif de l'addition proposée est que, si l'on punit des travaux forcés à temps le ravisseur

1. Cass., 8 avril 1858; Bull. n. 117.

2. Cass., 30 nov. 1849, Bull. n. 333. — * * V. aussi Cass , 24 juill. 1873 ; Bull. n. 208.

d'une fille au-dessous de seize ans, lorsque ce ravisseur est majeur, on n'a pas eu l'intention de laisser impuni celui qui, étant également majeur, enlèverait une fille de dix-sept à vingt et un ans; c'est précisément à cette époque de la vie des filles que les enlèvements doivent naturellement être plus communs, et l'on est souvent dans le cas de remarquer qu'une fille de seize ans et demi ou au delà est plus fréquemment exposée à la séduction et aux passions des hommes. » Cet amendement fut rejeté par le Conseil d'État[1]. L'orateur du Corps législatif expliquait ce rejet en ces termes : « Les rédacteurs du nouveau Code ont cru pouvoir abandonner après seize ans les jeunes personnes à la vigilance de leurs parents, à la garde de la religion, aux principes de l'honneur, à la censure de l'opinion. Ils ont pensé qu'après seize ans, la séduction, que la nature n'avait pas mise au rang des crimes, ne pouvait y être placée par la société. Il est si difficile, à cette époque de la vie, vu la précocité du sexe et son excessive sensibilité, de démêler l'effet de la séduction de l'abandon volontaire, Quand les atteintes portées au cœur peuvent être réciproques. comment distinguer le trait qui l'a blessé ? et comment reconnaître l'agresseur dans un combat où le vainqueur et le vaincu sont moins ennemis que complices ? » On doit ajouter que la circonstance que la fille enlevée avait moins de seize ans, et celle qu'elle a suivi volontairement son ravisseur, peuvent être posées, comme résultant des débats, dans une accusation d'enlèvement[2].

1754. Après avoir prévu les différentes hypothèses où l'enlèvement des mineurs est puni, le Code pénal ajoute cette disposition : « Art. 357. Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. » Cette fin de non-recevoir, on doit le remarquer d'abord, ne s'applique pas

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.
2. Cass., 30 nov. 1849, Bull. n. 333.

seulement, comme l'a enseigné M. Legraverend [1], au cas prévu par l'art. 356, mais bien à tous les cas d'enlèvement, sans distinction d'âge ou de moyens employés, puisque l'article 357, ne fait aucune distinction [2].

Elle se fonde sur des motifs qui ont été exposés par l'orateur du gouvernement : « Si le ravisseur a épousé la personne qu'il avait enlevée, le sort du coupable dépendra du parti que prendront ceux qui ont droit de demander la nullité du mariage. S'ils ne la demandent point, la poursuite du crime ne peut avoir lieu ; autrement, la peine qui serait prononcée contre le coupable rejaillirait sur la personne dont il a abusé, et qui, victime innocente de la faute de son époux, serait réduite à partager sa honte. Il ne suffit pas même, pour que l'époux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée ; il faut encore que le mariage soit en effet déclaré nul, car il serait possible qu'à l'époque où l'action en nullité serait intentée, il existât une fin de non-recevoir contre les parents, soit parce qu'ils auraient expressément ou tacitement approuvé le mariage, soit parce qu'il se serait écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Ces fins de non-recevoir sont établies par le Code civil. En ce cas, dès que le mariage ne pourrait plus être attaqué, les considérations que je viens d'exposer ne permettraient pas que la conduite de l'époux fût recherchée ; et si l'intérêt de la société est qu'aucun crime ne reste impuni, son plus grand intérêt, en cette occasion, est de se montrer indulgente, et de ne pas sacrifier à une vengeance tardive le bonheur d'une famille entière. »

Ainsi, d'après le texte de l'art. 357, et d'après ses motifs, l'exercice de l'action publique, à raison de l'enlèvement d'une mineure, lorsque le ravisseur a épousé la personne enlevée, est subordonné à ces deux conditions : que la nullité du mariage ait été demandée, et prononcée par les tribunaux ; que

1. Législation crim., t. 1er, p. 48.
2. V. cependant *suprà* l'arrêt du 8 avril 1858.

les personnes qui ont le droit de demander cette nullité aient porté plainte [2],

1755. Toutefois, la nécessité de cette seconde condition établie par M. Legraverend a été contestée par M. Mangin [1]. Cet auteur a pensé « que le mot *plainte* doit s'entendre de la demande en nullité du mariage contracté au mépris des droits des parents ou de toute autre personne ; qu'il y a *plainte* des personnes qui ont le droit de faire annuler ce mariage, dès qu'elles ont provoqué cette annulation. » Mais M. Mangin ajoute aussitôt : « Il est évident que si la loi a fait dépendre l'exercice de l'action publique de l'existence et du maintien du mariage, que si elle a pardonné au ravisseur en faveur de l'époux légitime, elle l'a au contraire abandonné aux poursuites du ministère public, dès que les tribunaux l'ont dépouillé de ce titre. Quels motifs aurait-elle eus pour subordonner les poursuites à la dénonciation des parties qui ont fait annuler le mariage ? » Il nous semble que cet auteur a confondu deux circonstances distinctes : celle où les parents ont seulement demandé la nullité du mariage, et celle où l'annulation de ce mariage a été prononcée.

La seule demande en nullité formée par les parents ne saurait équivaloir à la plainte exigée par la loi. En effet, l'art. 357 distingue dans les termes les plus formels la *plainte* des personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage, et cette *demande en nullité*. Son texte résiste donc énergiquement à ce que ces deux actes produisent un même effet, soient confondus dans un même acte. Est-il vrai, ensuite, que la famille, après avoir demandé la nullité du mariage, n'ait plus d'intérêt légitime à épargner le coupable, que les faits aient reçu par cette demande toute la publicité qu'elle pouvait redouter ? L'exposé des motifs du Code répond à cette objection : « Il ne suffit pas même, pour que l'époux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée, il faut encore qu'en effet le mariage soit déclaré nul, car il serait possible qu'à l'époque

2. V. dans ce sens Legraverend, t. 1er, p. 48.

1. Traité de l'action publique, n. 45.

où l'action en nullité serait intentée, il existât une fin de non-recevoir contre les parents, soit parce qu'ils auraient expressément ou tacitement approuvé le mariage, soit parce qu'il se serait écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. » Il résulte de ces lignes que, dans l'esprit de la loi, la demande en nullité de mariage ne peut remplacer la plainte et mettre en mouvement l'action publique ; et la raison en est simple : cette demande en nullité peut ne pas être accueillie, et alors l'intérêt de la famille est qu'aucune poursuite ne soit exercée.

1756. Mais si l'annulation du mariage a été prononcée, la position des choses change aussitôt. Par quel motif la plainte serait-elle encore exigée ? Quel est l'intérêt des parents de la personne enlevée à étouffer la poursuite ? L'instance civile n'a-t-elle pas donné au fait de l'enlèvement toute publicité ? Les liens qui unissaient le ravisseur à la victime ne sont-ils pas brisés ? Devenu étranger à la famille de celle-ci, pourquoi l'épargnerait-elle ? Ensuite, le texte de la loi cesse d'enchaîner dans ce cas le ministère public. Il est libre de poursuivre quand le rapt n'est pas suivi de mariage; il reprend l'exercice de son action quand le mariage a cessé d'exister. Si l'article 357 subordonne la poursuite à la plainte, c'est qu'il suppose l'existence du mariage : cette circonstance seule motive et justifie sa disposition exceptionnelle ; mais dès que le mariage est dissous, cette exception s'efface avec la raison qui l'avait fait établir, et le droit commun reprend son empire.

Il peut arriver encore, dans une hypothèse analogue, que la nullité du mariage soit demandée par les parents du ravisseur ; or, cette demande ne saurait préjudicier au droit exclusivement réservé aux parents de la fille enlevée, de porter plainte contre le ravisseur ; car la famille de cette jeune fille a seule un intérêt puissant et respectable à empêcher la poursuite, et c'est à elle seule que la loi a voulu remettre la puissance d'enchaîner l'action publique. Les deux demandes sont donc distinctes, elles peuvent donc s'exercer séparément par des personnes diverses : l'une, la demande

en nullité. peut être intentée soit par le ministère public, soit par les parents du ravisseur, soit par ceux de la fille ravie ; l'autre, la demande en poursuite, n'appartient qu'à ces derniers, et, dans aucun cas, la poursuite ne peut être exercée sans leur assentiment,

1757. La question de validité ou de nullité de mariage est une question préjudicielle, sur laquelle il n'appartient qu'aux tribunaux civils de statuer. La poursuite peut-elle être commencée avant le jugement définitif sur cette question? L'article 357 porte que le ravisseur *ne pourra être poursuivi* que sur la plainte des personnes lésées, *ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée.* Ces expressions un peu vagues ont porté M. Carnot à soutenir « que les poursuites pourraient être commencées contre le ravisseur, sur la demande des personnes qui seraient en droit de demander la nullité du mariage, quoique la condamnation ne puisse être prononcée avant que cette nullité ait été prononcée, ce qui est fondé sur ce que, pendant l'instance en nullité, les preuves pourraient dépérir [1]. » M. Mangin a facilement démontré l'erreur de cette doctrine [2]. L'action publique n'ayant d'autre objet que l'application des peines, cette action ne peut s'exercer tant qu'il est incertain si le fait est ou non puni par la loi; or, le rapt est à l'abri de toute répression, tant qu'un mariage subsiste entre le ravisseur et la fille enlevée; jusqu'au jugement qui annule ce mariage, le ministère public doit donc garder le silence.

1758. Mais la fin de non-recevoir couvre-t-elle jusqu'aux complices de l'enlèvement ? Ces complices peuvent-ils être poursuivis, lorsque le ravisseur s'est placé à l'abri des poursuites en épousant la fille mineure qu'il avait enlevée? Cette question s'est présentée devant la Cour d'assises de la Seine, qui a jugé que l'exception introduite en faveur du ravisseur ne s'étendait point aux complices [3]. En principe général, l'action publique peut se diriger contre les complices, lors même

1. Comment. du Code pénal, sur l'art. 357, n. 2.
2. Traité de l'action publique, n. 148.
3. Arrêt du 26 mars 1834, S.34.2.276.

que l'auteur principal n'est pas poursuivi, soit à raison de sa bonne foi, soit à raison de quelque privilége, pourvu que le motif d'excuse soit purement personnel, et que le fait matériel du crime principal ne cesse pas de subsister [1]. Or, dans l'hypothèse, le mariage couvre le ravisseur et non le rapt lui-même. Cependant il faut considérer que le motif d'excuse n'est point établi en faveur de l'auteur principal de l'enlèvement, mais en faveur de la personne enlevée et de sa famille ; la loi n'a point voulu divulguer son déshonneur. Ce n'est donc point une excuse personnelle pour le ravisseur, c'est une fin de non-recevoir contre toute poursuite, car toute poursuite dévoilerait le scandale de l'enlèvement et du mariage. Et comment admettre, d'ailleurs, qu'une poursuite peut être exercée en présence d'un mariage existant, consacré par l'accord des familles ? Comment porter le trouble dans une union que la loi a voulu protéger, en publiant qu'elle a pris sa source dans un crime ? Ici, comme dans les poursuites en adultère, l'intérêt de la stabilité et de l'union des familles est plus grave que celui de la répression des complices du rapt et de l'adultère, et ces agents sont couverts par le scandale même qui jaillirait de leur punition. C'est une exception aux règles de la complicité, mais elle est fondée sur l'esprit de la loi et sur la nature particulière du délit.

Cette opinion a été pleinement confirmée par un arrêt qui déclare : « que l'exception établie par l'article 357 n'est point une excuse personnelle au ravisseur ; que c'est le mariage même contracté à la suite du rapt que la loi a voulu protéger, puisqu'elle ne permet l'exercice de l'action criminelle qu'après que la nullité du mariage a été prononcée ; que cette disposition s'applique donc non-seulement à l'auteur principal, mais encore aux complices de l'enlèvement, puisque toute poursuite relative au fait qui a précédé le mariage, même restreinte aux seuls complices, aurait pour résultat nécessaire d'affaiblir le respect qui lui est dû et de porter le trouble dans la famille ; que la loi, dans une vue d'ordre général, a subordonné, dans

1. V. notre tome 1er, n. 305 et 306.

cette circonstance, l'intérêt de la répression du crime à l'intérêt de la stabilité et de l'union de la famille [1]. »

1. Cass., 3 oct. 1852, Bull. n. 335.

CHAPITRE LXIV.

INFRACTIONS AUX LOIS SUR LES INHUMATIONS.

(*Commentaire des art. 358, 359 et 360 du Code pénal.*)

1759. Division de ce chapitre.

§ Ier. — *Infractions aux lois et règlements sur les inhumations.*

1760. Aucune inhumation ne peut être faite sans une autorisation de l'officier public.
1761. Cette autorisation est nécessaire même pour les enfants qui paraissent n'avoir pas eu vie.
1762. Jurisprudence sur ce point.
1763. Responsabilité des curés et pasteurs, des maires et adjoints. Peines de police en cas d'infraction.
1764. Dispositions relatives aux inhumations précipitées.
1765. Police des lieux de sépulture; application de l'art. 471, n. 15.

§ II. — *Du recélé du cadavre d'une personne homicidée.*

1766. Caractère et éléments du délit prévu par l'art. 359.
1767. Quels sont les faits matériels qui le constituent?
1768. Les parents de l'auteur de l'homicide sont-ils compris dans cette disposition?

§ III. — *De la violation des sépultures.*

1769. Dispositions du droit romain et de notre ancien droit sur cette matière.
1770. Caractère du délit prévu par l'art. 360.
1771. Quels faits rentrent dans cette incrimination.
1772. Tous les actes matériels d'outrage doivent y être compris.
1773. Le fait d'avoir frappé sur un tombeau en vue d'insulter aux cendres qui y reposent rentre dans les termes de la loi.
1774. Lorsque ce délit est accompagné de délits concomitants, y a-t-il lieu de cumuler les peines applicables à chacun?

1759. Le Code pénal a réuni dans cette section trois délits distincts : l'infraction aux lois sur les inhumations, le recelé du cadavre d'une personne homicidée, et la violation des sépultures. Un lien commun rassemble ces trois incriminations : elles ont pour but de protéger la dépouille mortelle de l'homme ; mais elles diffèrent par leur caractère moral, par leur gravité, par les faits qui en sont l'objet. Nous ferons donc de ces trois actes la matière de trois paragraphes successifs.

§ Ier. — *Des infractions aux lois et règlements sur les inhumations.*

1760. Aux termes de l'art. 77 du Code civil, aucune inhumation ne peut être faite sans une autorisation de l'officier de l'état civil, et que vingt-quatre heures après le décès. L'article 81 exige de plus, lorsque des signes ou indices de mort violente sont constatés, que l'inhumation soit précédée de la visite d'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie.

L'article 358 du Code pénal a pour but d'apporter une sanction pénale à ces dispositions : « Il importe, dit l'exposé des motifs, que les déclarations soient faites, non-seulement afin de connaître les changements qui arrivent dans les familles, et de mettre les héritiers à portée de réclamer leurs droits, mais encore afin de ne pas laisser échapper la trace des crimes qui auraient pu occasionner la mort d'une personne. »

L'article 358 est ainsi conçu : « Ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public, dans le cas où elle est prescrite, auront fait inhumer un individu décédé, seront punis de six jours à deux mois d'emprisonnement, et d'une amende de seize à cinquante francs, sans préjudice de la poursuite des crimes dont les auteurs de ce délit pourraient être prévenus dans cette circonstance. La même peine aura lieu contre ceux qui auront contrevenu, de quelque manière que ce soit, à la loi et aux règlements relatifs aux inhumations précipitées. »

Il faut remarquer, en premier lieu, et cette observation s'applique aux deux paragraphes de cet article, que la double infraction qu'il prévoit ne constitue qu'une contravention matérielle : la loi ne recherche pas l'intention du contrevenant, elle n'inculpe point sa volonté ; le seul défaut de l'autorisation prescrite, le seul fait de négligence est passible de la peine. Ainsi l'absence de tout dessein criminel, la bonne foi du délinquant ne seraient point des excuses : dès que les formes prescrites ont été enfreintes, celui qui les a enfreintes, lors même qu'il prouve son ignorance, peut être puni [1].

1761. L'autorisation préalable de l'officier public est prescrite, suivant l'art. 77 du Code civil, pour toute inhumation, soit que la personne inhumée soit décédée de mort naturelle ou violente. Toutefois des doutes se sont élevés en ce qui concerne l'inhumation des enfants mort-nés. En effet, l'article 358 n'est relatif qu'aux *individus décédés* ; or, l'enfant dont la vie s'est éteinte en naissant ou avant de naître, peut-il être considéré comme *décédé*, dans le sens de la loi ? Soumettre son inhumation aux lois relatives aux décès, ne serait-ce pas déclarer qu'il a eu vie et jeter le trouble dans les successions ? Ces difficultés paraissent résolues par un décret du 4 juillet 1806, portant : « Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir s'il a eu vie ou non. » Ainsi le vœu du législateur est que le cadavre des enfants mort-nés soit présenté à l'officier de l'état civil, que l'acte de cette présentation soit inséré sur le registre des décès ; il faut en conclure que l'inhumation,

1. ** Ces observations sont exactes ; mais le fait, étant puni de peines correctionnelles, n'en constitue pas moins un délit, aux termes de l'article 1er du Code pénal, et il y a lieu, par conséquent, de lui faire l'application de tous les principes qui régissent les délits. (V. *supra*, p. 468 n. 1. — V. aussi nos observations, tome I, p. 36, n. 1 et p. 495).

comme dans le cas des autres décès, ne peut avoir lieu sans une autorisation, et que, dès lors, l'omission de cette formalité rentre dans les termes de l'art. 358. Telle est aussi la décision consacrée par la Cour de Douài dans un arrêt dont les motifs sont : « qu'aux termes du décret du 4 juillet 1806, l'enfant dont le cadavre est présenté à l'officier de l'état civil, qu'il ait eu vie ou non, doit être inscrit sur les registres des actes de décès; qu'il suit de là évidemment que le mot *décédé* dont se sert le législateur, dans l'article 358 du Code pénal, a eu dans sa pensée un sens absolu, et doit s'étendre par conséquent au cas même où l'enfant est mort en naissant ; que le système contraire aurait les plus fâcheuses conséquences pour l'ordre social[1]. » On peut ajouter, à l'appui de cette opinion qu'il peut être d'un très grave intérêt de constater si l'enfant a eu vie extra-utérine avant de décéder; qu'il est donc important que son cadavre ne soit pas inhumé clandestinement, et soit soumis à la visite et à l'examen de l'officier public (Voy. n° 1723).

1762. Cette obligation, qui a déjà été établie précédemment, n° 1732, a été confirmée par un arrêt déjà cité, et qui décide : « que les dispositions de l'art. 358 sont générales et absolues, qn'elles sont indépendantes des causes de la mort d'un individu dont une femme est accouchée, et que, d'après le décret du 4 juillet 1806, il n'était pas permis aux personnes privées qui ont fait cette inhumation de préjuger si l'enfant avait eu vie ou non ; que cette constatation a été dévolue par la loi à un homme public ; que l'art. 358 obligeait le prévenu de se prémunir au préalable de l'officier public, ce qu'il n'a pas fait ; d'où il suit que le jugement a méconnu les dispositions impératives de l'art. 358[2]. »

Cependant il ne faudrait pas sans doute étendre cette décision jusqu'au cas de l'inhumation du fœtus, résultat d'un avortement. Lorsqu'il n'y a pas eu accouchement, mais bien avortement, il n'y a pas d'enfant, car ce nom ne saurait être donné à l'embryon informe qui en provient, et par conséquent

1. Arr. Douai, 31 juill. 1729, Journ. du dr. crim., p. 296.
2. Cass., 2 sept. 1843, Bull. n. 133 ; S.43.1.801.

il n'y a pas de décès; il serait donc sans objet et presque toujours impossible d'appliquer dans cette hypothèse les lois relatives aux inhumations [1].

1763. La question s'est élevée de savoir si les curés et pasteurs qui procèdent à la levée d'un corps et aux cérémonies religieuses, sans qu'il leur soit justifié de l'autorisation de l'officier de l'état civil, sont passibles des peines portées par l'art. 358. La solution doit être négative. A la vérité, le décret du 4 thermidor an XIII dispose que : « il est défendu à tous maires, adjoints et membres des administrations municipales de souffrir les transports, présentation, dépôt, inhumation des corps, ni l'ouverture des lieux de sépulture ; à toutes fabriques d'églises et consistoires ou autres ayants-droit, de faire les fournitures requises pour les funérailles, de livrer lesdites fournitures, à tous curés, desservants et pasteurs, d'aller lever aucun corps ou de les accompagner hors des églises ou temples, qu'il ne leur apparaisse de l'autorisation donnée par l'officier de l'état civil pour l'inhumation, à peine d'être poursuivis comme contrevenants aux lois. » Mais, d'abord, aucune loi spéciale n'est venue sanctionner cette disposition , et l'art. 358 ne punit ensuite que ceux qui *auront fait inhumer*, et par conséquent non pas ceux qui ont assisté à l'inhumation, mais ceux-là seulement à qui la loi impose le devoir de faire les déclarations légales, et qui ont pris les dispositions nécessaires pour cette inhumation. Cette interprétation a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, dont les motifs sont : « que le décret du 4 thermidor an XIII, qui prohibe à tous curés, desservants et pasteurs d'aller lever aucun corps ou de les accompagner hors des églises et temples, sans qu'il leur apparaisse de l'autorisation de l'officier de l'état civil, ne contient pas de sanction spéciale ; que cette sanction ne peut se trouver dans l'art. 358 du Code pénal, qui prévoit des faits différents, et qui, ne parlant que de ceux qui ont fait inhumer un individu décédé, n'a eu en vue que ceux qui ont quelque intérêt à l'inhumation, et ne s'applique pas aux curés, aux desser-

1. * * V. en ce sens *supra*, p. 456, n. 1.

vants et aux pasteurs, qui ne font que lever les corps et les accompagner hors des églises et temples [1]. » La même décision s'appliquerait aux maires, adjoints et autres personnes énoncées dans le décret du 4 thermidor an XIII.

Ainsi, il a été jugé que le fossoyeur, qui ne prête à l'inhumation qu'un concours matériel, ne peut être rangé parmi ceux qui *ont fait inhumer*, et par conséquent n'est passible d'aucune poursuite [2]. Mais, si l'art. 358 est inapplicable, il en est autrement des peines de police, qui sont la sanction générale de tous les règlements de police, et la Cour de cassation a décidé « que la défense faite par le décret du 4 thermidor an XIII a été légalement faite par le pouvoir exécutif, puisqu'elle rentre dans l'attribution qu'il tient du n° 5 de l'article 3, titre 11 de la loi du 16-24 août 1790 ; qu'elle a, en effet, pour objet d'établir des mesures de précaution dans le but de prévenir les inhumations précipitées [3]. » D'où il suit que le fait de coopérer à l'inhumation sans que l'autorisation d'inhumer ait été donnée rentre dans la disposition de l'article 471, n° 15 du Code pénal.

1764. L'art. 358, après avoir prévu, dans son premier paragraphe, les inhumations clandestines, s'occupe dans le second des inhumations *précipitées*. L'inhumation est précipitée, lorsqu'elle a été faite avant l'expiration des vingt-quatre heures depuis le décès, hors les cas prévus par les lois et règlements (art. 77 du Code civil), et, en outre, quand elle a été faite avant les visites prescrites par différentes dispositions légales.

Le délai de vingt-quatre heures peut être abrégé : 1° lorsqu'il s'agit du corps d'un supplicié (art. 83 du Code civil) ;

1. Traité de l'action publique, n. 148. — * * Cette solution n'est pas sans difficulté; car, l'infraction, nous l'avons vu, constituant un *délit*, on peut se demander si ces personnes ne doivent pas être considérées comme complices, à supposer bien entendu que les éléments de la complicité se trouvent réunis.

2. Cass., 7 mai 1842, Bull. n. 112.

3. Cass., 12 oct. 1850, Bull. n. 355.

2° lorsque, par mesure de salubrité, l'officier public donne l'ordre d'une prompte inhumation.

Le délai de vingt-quatre heures doit, au contraire, se prolonger jusqu'à ce que les vérifications prescrites par la loi aient été accomplies : 1° toutes les fois qu'il y a des signes ou indices de mort violente (art. 81 du Code civil) ; 2° lorsque des ouvriers ont péri par accident dans l'exploitation d'une mine [1].

On a voulu considérer comme une inhumation précipitée le fait d'exercer l'opération césarienne sur un cadavre avant l'expiration des vingt-quatre heures depuis le décès ; la Cour de cassation a dû rejeter cette prétention, en déclarant que ce fait ne constitue pas une contravention aux lois et règlements sur les inhumations [2]. Et, en effet, inhumer un cadavre ou faire une opération sur ce cadavre avant les délais prescrits, sont deux actes différents qui n'ont pas un caractère identique, qui ne présentent pas des dangers aussi graves. Si, en matière pénale, toute analogie est interdite, il n'y a pas même ici d'analogie qui puisse être invoquée.

1765. L'art. 358 ne punit, d'une part, que l'inhumation sans autorisation, et, de l'autre part, que l'infraction aux lois et règlements relatifs aux inhumations précipitées. De là résulte une lacune assez grave en ce qui concerne les autres dispositions sur la police des sépultures : elles n'ont pas de sanction.

En effet, aux termes de l'art. 16 du décret du 23 prairial an XIII, les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers, sont soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations

1 L'art. 18 du décret du 3 janvier 1813 porte : « Il est expressément prescrit aux maires et autres officiers de police de se faire représenter les corps des ouvriers qui auraient péri par accident dans une exploitation, et de ne permettre leur inhumation qu'après que le procès-verbal de l'accident aura été dressé conformément à l'art. 81 du Code civil, et sous les peines portées dans les art. 358 et 359 du Code pénal. »

2. Cass., 1er mars 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 235.

municipales. Mais la loi n'a prescrit aucune peine contre les infractions aux dispositions prises par ces administrations. Ainsi la Cour de cassation a décidé avec raison que l'inhumation hors du cimetière commun ne constituait point l'infraction prévue par l'art. 358, quand cette inhumation avait été précédée de la permission du maire, et lors même que cette permission avait été donnée à la condition de la faire dans le cimetière commun [1] : l'article 358 n'exige qu'une condition, l'autorisation d'inhumer ; cette autorisation donnée, il n'y a plus de délit, quelles que soient les autres contraventions commises à la police des sépultures.

Cependant la Cour, inquiète des conséquences d'une telle impunité, a cherché un remède dans l'application des peines de simple police. Un premier arrêt portait : « que le décret du 4 thermidor an XIII, relatif à la police des sépultures, rentre dans les pouvoirs donnés par la loi à l'autorité administrative, et, à défaut de sanction spéciale, la trouve dans les dispositions des art. 600 et 606 du Code du 3 brumaire an IV, lesquels s'appliquent à toutes les contraventions de police qui ne sont pas textuellement punies par les lois pénales [2]. » Un second arrêt dispose : « que l'art. 16 du décret du 23 prairial an XII confère à l'administration municipale la police et la surveillance des lieux de sépulture ; que l'autorité dont il l'investit implique donc le pouvoir d'interdire toute inhumation particulière dans tout autre lieu que dans le cimetière commun ; que la défense prononcée à cet égard par le maire est de plein droit obligatoire, sous les peines de police qui en sont la sanction légale, tant qu'elle n'a pas été réformée, s'il y a lieu, par l'administration supérieure [3]. » L'arrêt du 12 octobre 1850, qui a été rapporté au n° 1763, est venu pleinement confirmer cette jurisprudence.

1. Cass., 14 avril 1838, S.38.1.449; 12 juill. 1839, S.40.1.330; *Contrà*, arr. Lyon, 12 déc. 1833, S.34.2.541 ; Dall 34.2.25.

2. Cass., 27 janv. 1832, S.32.1.386.

3. Cass., 14 avril 1838, S.38.1.449.

On doit peut-être citer également ici, parce qu'ils confirment encore les mêmes principes, les arrêts qui ont décidé : « qu'en soumettant à l'autorité, à la police et à la surveillance des administrations municipales les lieux de sépultures appartenant aux communes et aux particuliers, l'art. 16 du décret du 23 floréal an XII a conféré à ces administrations le droit d'interdire toute inhumation ailleurs que dans le cimetière commun ; que l'infraction des défenses par elle faites à cet égard entraîne contre ceux qui s'en sont rendus coupables l'application de l'art. 471, n° 15 [1]. » Mais il n'appartient qu'à l'autorité administrative d'ordonner l'exhumation des personnes ensevelies sans autorisation dans un terrain privé.

§ II. — *Du recélé du cadavre d'une personne homicidée.*

1766. La prévoyance de la loi n'a plus ici pour objet de protéger les restes mortels de l'homme, ou de prévenir de funestes erreurs : son but est d'empêcher qu'on ne puisse soustraire à la justice la connaissance où la preuve d'un crime.

L'art. 359 est ainsi conçu : « Quiconque aura recélé ou caché le cadavre d'une personne homicidée, ou morte des suites de coups ou blessures sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à quatre cents francs sans préjudice de peines plus graves s'il a participé au crime.

Le fait prévu par cet article n'est plus, comme dans l'article 358, une simple infraction matérielle, une contravention aux règlements sur les inhumations ; il constitue un véritable délit moral. L'agent ne se contente pas de ne pas déclarer le décès, il cache le cadavre; son intention est de dérober à la justice

1. Cass., 10 oct. 1856, Bull. n. 331 ; et conf. 14 avril 1838, Bull. n. 101 ; 28 déc. 1839, Bull. n. 395; 24 janv. 1840, Bull. n. 36 ; 11 juill. 1856, Bull. n. 250. — ** V. aussi Cass., 18 mai 1872 ; Bull. n. 124 ; — 24 mars 1881; Bull. n. 83.

les traces du crime ; il voile le coupable ; il trompe la société ; il se rend même, en quelque sorte complice du crime ; car il semble se l'approprier en en faisant disparaître les vestiges. Aussi le Code pénal de 1791 plaçait ce délit au rang des actes de complicité, et le punissait comme crime : « Quiconque, portait ce Code, serait convaincu d'avoir caché et recélé le cadavre d'une personne homicidée, encore qu'il n'ait pas été complice d'homicide, sera puni de la peine de quatre années de détention. » Mais le législateur de 1810 a remarqué avec raison qu'il ne s'agit point ici d'un acte véritable de complicité, puisque le recélé du cadavre de la victime n'est point un acte d'assistance donnée à la perpétration du crime ; le seul but de l'agent est de favoriser l'impunité du coupable ; c'est donc un délit distinct, qui est emprunt d'une criminalité spéciale, et qui n'emprunte nullement la gravité du crime qu'il veut dérober à la justice, car son auteur n'en doit point profiter. La loi l'a donc suffisamment puni en le frappant d'une peine correctionnelle. Le caractère particulier de ce délit a, du reste, été spécifié par un arrêt de la Cour de cassation, qui reconnaît également « que celui qui recèle ou cache le cadavre d'une personne homicidée commet une espèce de complicité du meurtre, comme celui qui recèle un objet volé se rend coupable de complicité du vol ; que si la loi ne punit que des peines correctionnelles la complicité qui existe dans le premier cas, c'est que ce genre de complicité n'a pas pour objet d'aider le meurtrier, mais seulement de procurer son impunité [1]. »

Il suit de là que les auteurs mêmes du meurtre ou des blessures ne peuvent, en aucun cas, être poursuivis pour avoir recélé le cadavre ; car on ne peut être coupable et poursuivi tout à la fois comme auteur et complice ; le recélé du cadavre n'est, d'ailleurs, de leur part que la conséquence de leur crime ; ce n'est point un fait nouveau et qu'on puisse en séparer. L'art. 359 ne s'applique donc qu'à des tiers, étrangers au meurtre ou aux blessures, et qui n'ont été portés à

1 Cass., 21 sept. 1815, Devill. et Car., 5, p. 100 ; Journ. du palais, t. 13, p. 70.

cacher le cadavre que dans l'intérêt des coupables et pour les soustraire à la justice.

1767. Le caractère du délit ainsi fixé, il est nécessaire de déterminer les faits matériels qui le constituent. Ces faits sont au nombre de deux : le premier consiste à *recéler* ou *cacher* le cadavre, n'importe par quels moyens, l'article ne le définit pas : une inhumation clandestine, et sans déclaration, peut constituer un fait de recélé : « Ceux à qui la loi impose le devoir de faire les déclarations, porte l'exposé des motifs, ne doivent pas perdre de vue que, dans le cas où il s'élèverait quelques présomptions de mort violente, leur négligence les exposerait à être poursuivis comme recéleurs du cadavre d'une personne homicidée. »

Le deuxième fait matériel, également constitutif du délit, est que la personne dont le cadavre a été recélé ait été réellement homicidée, ou soit morte des suites de coups ou de blessures ; si ce genre de mort n'était pas constaté par les débats, le délit cesserait d'exister, car le recélé n'aurait pas de cause criminelle ; le fait ne pourrait être poursuivi que comme une infraction aux règlements sur les inhumations. Mais il importe peu que la mort soit le résultat d'un crime ou d'un délit, que l'homicide ait été volontaire ou involontaire, car la disposition de l'art. 359 est générale, et n'est nullement restreinte par l'énonciation d'une réserve de peines plus sévères, au cas où il y a eu participation au crime [1].

1768. Un auteur a pensé que les père et mère, frères et sœurs de l'individu qui a commis l'homicide ou porté les blessures et les coups, étaient implicitement exceptés des dispositions de l'art. 359, attendu que la loi ne peut pas les astreindre à dénoncer le crime de leur frère ou de leur fils [2]. Il est vrai que l'art. 107, aujourd'hui abrogé, du Code pénal, exceptait des peines de la non-révélation les époux, les frères et sœurs, les ascendants et descendants de l'auteur du crime ; mais d'abord, puisque cette exception, écrite dans l'art. 107, n'a pas été répétée par l'art. 359, il faut en con-

1. Cass., 26 mai 1855, Bull. n. 179.
2. Carnot, Comment. du Code pénal, t. 2, p. 176.

clure que la loi ne l'a pas admise dans ce dernier article ; ensuite, autre chose est la dénonciation, autre chose le recélé du cadavre ; il peut répugner de dénoncer un proche parent, lors même qu'il a commis un crime, mais il répugne également de se rendre en quelque sorte son complice en cachant le cadavre de la victime ; toutefois nous devons reconnaître que dans des espèces de cette nature la déclaration de circonstances atténuantes doit venir modifier la sévérité de la loi.

§ III. — *De la violation des sépultures.*

1769. Dans tous les temps, chez tous les peuples, le culte des morts a été considéré comme un sentiment moral et religieux : ce sentiment est imprimé dans notre conscience, qui s'indigne des outrages dont leurs cendres peuvent être l'objet ; toutes les législations ont puni ces outrages.

La loi romaine regardait la violation des sépulcres comme une espèce de sacrilége [1] : ceux qui enlevaient les corps mêmes de leurs tombeaux étaient punis, suivant leur condition, soit du dernier supplice, soit de la déportation : *Rei sepulcrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint, vel ossa eruerint, humilioris quidem fortunæ summo supplicio adficiuntur : honestiores in insulam deportantur* [2]. La peine capitale était également appliquée contre ceux qui dépouillaient les cadavres à main armée : *Adversùs eos qui cadavera spoliant, præsides severius intervenire : maximè si manu armata adgrediantur; ut si armati, more latronum, id egerint, etiam capite plectantur ; si sine armis, usque ad pœnam metalli procedant* [3]. Enfin toute dégradation des tombeaux, telle que l'enlèvement des pierres, des colonnes, des

1. L. 1 et 5, au C. de sepulchro violato.

2. L. 11, Dig. de sepulchro violato.

3. L. 3, § 7, Dig. de sepulchro violato. Les jurisconsultes ont longuement disserté sur les mots *usque ad*, de cette loi, pour établir que ces mots énonçaient soit un *maximum*, soit un *minimum* de la peine.

statues ou autres ornements, était punie soit de la peine des mines, soit d'une peine pécuniaire [1], et cette dernière peine était appliquée aux juges qui avaient négligé de poursuivre ces outrages [2].

Dans notre ancien droit, la peine de la violation des sépulcres était arbitraire et dépendait des circonstances et de la qualité des personnes [3]. Lorsque le crime avait été commis dans une église ou dans un cimetière, il participait du sacrilége et pouvait, s'il avait été accompagné de vol ou d'effraction, être puni de la mort ou des galères. Les peines ordinaires s'aggravaient à l'égard des fossoyeurs qui dépouillaient eux-mêmes les morts qu'ils étaient chargés d'enterrer.

1770. Le législateur ne pouvait omettre de reproduire cette incrimination : « La loi qui protége l'homme depuis sa naissance jusqu'à sa mort, a dit l'orateur du Corps législatif, ne l'abandonne pas au moment où il a cessé de vivre et quand il ne reste de lui que sa dépouille mortelle. Vous trouverez dans le projet une disposition contre ceux qui, sans respect pour le dernier asile, violeraient les sépultures, troubleraient la cendre des morts ou profaneraient les tombeaux. »

L'art. 360 est ainsi conçu : « Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an, et de seize francs à deux cents francs d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures, sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui seraient joints à celui-ci. »

Le fait constitutif du délit est la violation matérielle du tombeau ; son caractère moral est dans l'outrage qui résulte de cette violation.

1771. « Le crime de violement de sépulcre, dit Jousse, se commet de plusieurs manières : 1° en déterrant les cadavres, ou les tirant de leurs tombeaux, pour en faire des anato-

1. L. 2, au C. cod. tit. Pauli sentent., lib. 1, tit. 21.
2. L. 3, au C. cod. tit.
3. Jousse, t. 3, p. 667; Dareau, dans son Traité des injures, p. 89.

mies ; 2° en les dépouillant de leurs vêtements pour les voler ; 3° en détruisant leurs tombeaux, leurs épitaphes ou ornements ; 4° en empêchant qu'une personne morte ne soit enterrée ; 5° en frappant, blessant ou coupant quelque membre d'un corps mort[1]. »

La plupart de ces faits doivent encore être considérés comme constituant le délit de violation de sépulture. Il ne paraît pas douteux, d'abord, que le fait de déterrer un cadavre, même pour le faire servir à des études anatomiques, ne rentrât dans les termes de la loi. Les règlements des hôpitaux ont assuré à la science des sujets pour ses études, et la violation d'un tombeau ne saurait être justifiée par ce prétexte. Le tombeau est une chose sacrée, *res religiosa* ; nul motif ne permet d'y porter la main, si ce n'est un intérêt public pressant, comme celui de la répression d'un crime. Un sépulcre, d'ailleurs, est la propriété d'une famille, et cette famille ne doit pas être exposée à voir l'un de ses membres exhumé de sa tombe et livré à des mains étrangères.

1772. La soustraction frauduleuse des suaires et vêtements qui enveloppent les morts dans leurs cercueils, de ces cercueils eux-mêmes et des objets qui y sont renfermés pour exprimer des affections, ou pour conserver des souvenirs, constitue évidemment une violation de sépulture[2] ; et il en est de même de tous les actes de destruction qui sont commis sur les tombeaux, sur leurs ornements, sur les objets qui les recouvrent ou les décorent. Mais les termes de la loi s'étendent-ils au cercueil qui n'est pas encore descendu dans la tombe ? N'est-ce que le tombeau qu'elle protége : n'est-ce pas surtout la dépouille mortelle de l'homme, dès qu'il a cessé de vivre ? La question s'est présentée dans une espèce où le prévenu, après avoir adressé au défunt, en face de son cercueil, des reproches et des injures, avait lancé contre ce cercueil une pierre qui l'avait brisé : la Cour de Bordeaux déclara que la sépulture avait été violée

1. Tome 3, p. 666.
2. Cass., 17 mai 1822, Devill. et Car., 7, p. 71 ; S.22.1.298.

par cette action [1]. Il nous semble impossible d'adopter un autre avis. L'art. 360 ne parle, à la vérité, que de la violation des *tombeaux* ou *sépulcres*; mais ces mots doivent s'appliquer aux restes de l'homme, dès qu'ils sont ensevelis dans le cercueil ; c'est à ce moment que l'inhumation commence, que le cadavre revêt sa consécration ; il est préparé pour la sépulture ; il doit participer à la protection qui la défend des outrages. Et quels motifs, d'ailleurs, permettraient de distinguer entre le cercueil et la tombe ? Pourquoi le respect à celle-ci, s'il était permis d'insulter l'autre ? Le cadavre sera-t-il conduit à sa dernière demeure au milieu des injures ? Le cercueil n'est-il pas un premier tombeau, non moins sacré que celui qui est creusé dans la terre ? N'est-ce pas enfin les restes de l'homme, et non le tombeau lui-même que la loi a voulu protéger contre toute profanation [2] ?

1773. La Cour de cassation a jugé que le fait d'avoir, après s'être introduit dans un cimetière, frappé avec un bâton sur la tombe des morts, en se servant d'interpellations réitérées et outrageantes aux mânes de ceux qui s'y trouvent renfermés, constitue le délit de violation de sépulture ; les motifs de cette décision sont : que les dispositions de l'art. 360 appartiennent à une rubrique de ce Code qui a spécialement en vue la protection due aux sépultures : qu'elles ont en particulier pour but de réprimer non-seulement les atteintes matérielles portées à la cendre des morts, mais tout acte qui tend directement à violer le respect qui lui est dû ; que ce respect a été expressément rappelé aux citoyens, et placé sous la protection des autorités, par l'art. 17 du décret du 30 prairial an XII ; qu'il y a donc indivisibilité entre le tombeau et les dépouilles mortelles qu'il renferme, sans quoi les

1. Arr. Bordeaux, 9 déc. 1830, Dall.31.2.106.

2. ** La Cour de Paris a jugé qu'on doit considérer comme une sépulture le lit qui renferme les restes d'un mort, alors surtout que le corps est enseveli dans les linges mortuaires et que des insignes religieux indiquent un commencement de cérémonie funèbre (Paris, 8 juill. 1875; S. 75.2.292).

outrages les plus graves qui ne seraient pas des paroles ou discours, ou qui ne seraient pas publics, resteraient impunis [1].

Nous n'hésitons pas à admettre la doctrine de cet arrêt parce que le fait auquel il applique l'art. 360 était un outrage matériel, parce que la sainteté du tombeau avait été matériellement violée ; or, si le délit de violation de tombeau ou de sépulture suppose un acte matériel de violation, la loi n'a point défini cet acte ; elle a laissé aux juges l'appréciation de sa nature et de sa gravité. Mais il n'en serait plus ainsi, si l'agent s'était borné à proférer des injures et des outrages sur une tombe, sans y joindre aucun fait matériel : ces paroles outrageantes et contraires au respect dû à la cendre des morts pourraient encore être punies, mais à un autre titre et comme constituant un autre délit ; ce ne serait plus une violation de tombeau, mais un délit d'injure et de diffamation ; la loi du 17 mai 1819 [2] serait seule applicable. Il importe donc de distinguer si l'outrage consiste seulement dans des paroles, ou dans des gestes faits ou des actions commises sur les tombeaux mêmes : l'art. 360 ne peut s'appliquer que dans ce dernier cas.

1774. L'art. 360 se termine par cette disposition : *sans préjudice des peines contre les crimes et délits qui seraient joints à celui-ci.* Cette addition toute spéciale soulève une difficulté grave. Remarquons en effet que cet article ne porte pas, comme l'art. 359, *sans préjudice de peines plus graves*, ce qui exclut une autre peine : il semble, au contraire, que le législateur ait voulu que les peines de l'art. 360 fussent cumulées, en cas d'autres crimes concomitants, avec des peines dont ces crimes seraient passibles. Telle est anssi l'interprétation que la Cour de cassation paraît avoir donnée à cette disposition [3]. Cependant, c'est un principe général, consacré par l'art. 365 du Code d'instruction criminelle, que l'individu poursuivi à raison de plusieurs délits ne peut encourir que la peine ap-

1. Cass., 22 août 1839, S.39.1.928.
2. * * Aujourd'hui la loi du 29 juillet 1881, art. 34.
3 Cass., 17 mai 1822, S.7.1.71 ; Bull. n. 75.

plicable au plus grave de ces délits ; lorsque la loi a voulu faire des exceptions à cette règle, elle les a formellement formulées, comme dans l'art. 245 du Code pénal. Or faut-il voir dans l'art. 360 l'une de ces exceptions ? Ses termes sont-ils assez formels, assez précis ? Ne doit-on pas présumer plutôt que la phrase finale de cet article exprime la même pensée que celle qui termine les deux articles qui le précèdent, et que, dans ces trois cas, le législateur n'a voulu énoncer qu'une réserve pour la poursuite d'un délit plus grave ? Le rapprochement de ces trois articles, la forme presque identique de leur rédaction, l'expression dans ces trois hypothèses d'une disposition analogue, doivent porter à penser que cette disposition a le même sens et la même valeur ; si les termes de l'art. 360 sont plus vagues et plus embarrassés, il faut y voir le vice d'une mauvaise rédaction ; mais on doit craindre d'établir, à l'aide de ces termes obscurs, une exception, qui ne serait d'ailleurs nullement motivée, à un principe général qui domine tous les textes de nos Codes.

CHAPITRE LXV.

DU FAUX TÉMOIGNAGE.

(*Commentaire des art.* 361, 362, 363, 364, 365 *et* 366 *du Code pénal*).

§ II. — *De la subornation de témoins.*

§ III. — *Du faux serment en matière civile.*

1775. Il est peu de crimes qui aient été flétris plus énergiquement par les anciens auteurs que le faux témoignage. Ju-

lius Clarus affirme qu'aucune action n'est plus pernicieuse à la chose publique : *Arbitror nullum esse crimen perniciosius reipublicæ* [1]. Farinacius y voit réunis trois crimes distincts : contre Dieu dont le témoin parjure le nom, contre le juge qu'il trompe, contre les hommes qu'il rend victimes d'une injustice : *Detestabile falsi testis crimen est : Deo, judici et hominibus obnoxius est, triplicemque facit deformitatem, perjurii nempè, injustitiæ et mendacii* [2]. Le même auteur ajoute : *Falsi testes pejores sunt furibus, latronibus et abigeis.*

Le faux témoignage est, en effet, un acte grave en lui-même : le témoin trahit un serment solennellemont prêté, et son parjure a pour but d'égarer la justice, et d'imposer un mensonge à son jugement. Mais la gravité de ce crime dépend principalement de l'objet auquel s'applique le faux témoignage : la fausse déposition est une arme cachée à l'aide de laquelle l'agent dépouille ses victimes, les déshonore ou les assassine ; ce crime participe donc tantôt du vol, tantôt de la calomnie, tantôt de l'assassinat ; quelquefois il n'a pour but que de voiler le crime, pour dérober le coupable à la peine, et c'est la société entière qui se trouve lésée par cette déplorable faiblesse. Ainsi le faux témoignage parcourt, pour ainsi dire, tout le cercle de la criminalité, suivant le but qu'il se propose, suivant la nature du crime qu'il veut accomplir.

Notre Code a placé dans le même paragraphe le faux témoignage, la subornation de témoins et le faux serment prêté en matière civile. Nous comprendrons également ces trois crimes dans le même chapitre ; mais, pour procéder avec plus de clarté, nous en ferons l'objet de trois paragraphes distincts.

§ Ier. — *Du faux témoignage.*

1776. Cette matière importante est féconde en difficultés

1. Practica crimin., quæst., 52, num. 7. Telle est aussi la pensée exprimée par Damhouderius, cap. 121, n. 4, p. 3.
2. Quæst. 67, num. 1.

et en questions ardues; les controverses nombreuses qu'elle a soulevées ne sont pas encore toutes résolues. Nous allons essayer de poser les règles générales qui la dominent, et c'est dans leur application que les points contestés devront trouver leur solution. Nous rechercherons, en premier lieu, les circonstances constitutives du crime, ses éléments ; nous parcourrons ensuite les différentes hypothèses dans lesquelles il se punit ; enfin nous examinerons les pénalités dont il a été frappé, et les modifications que la loi du 13 mai 1863 a apportées.

Le Code pénal n'a point défini ce crime; les art. 361 et 362 se bornent à punir *quiconque sera coupable de faux témoignage*. Les caractères constitutifs de ce fait ne sont point déterminés. C'est à la doctrine à suppléer au silence de la loi.

Deux éléments sont nécessaires, outre l'intention frauduleuse, pour constituer le faux témoignage :

1° Un témoignage contraire à la vérité ;

2° La possibilité d'un préjudice par suite de ce témoignage.

Ces deux règles vont être établies et développées.

1777. On doit déduire, d'abord, du texte même de la loi un premier point: c'est que le crime n'existe qu'autant qu'il a été commis en portant un *témoignage* : or un témoignage, dans le sens légal de ce mot, est une déposition faite en justice sous la foi du serment ; toute fausse déclaration ne constitue donc pas un faux témoignage. De là plusieurs conséquences importantes.

La première, c'est que les personnes qui ne sont appelées en justice que pour donner des renseignements, et qui sont entendues sans prestation de serment, ne peuvent être poursuivies pour faux témoignage ; la loi, en effet, ne les considère point comme témoins ; elle les dépouille de ce titre, elle ne leur demande que de simples déclarations ; ils rapportent les faits dont ils ont connaissance, ils ne les attestent pas : ils fournissent un renseignement et non un témoignage. Si leur déclaration est fausse, ils commettent un mensonge, un acte immoral ; mais cette immoralité est moins grave que celle du

témoin, puisqu'ils n'ont pas affirmé cette déclaration sous serment, puisqu'ils n'ont pas trahi la foi de ce serment; et le préjudice diffère également dans ces deux cas, puisque les juges doivent naturellement se fier aux témoins qui déposent avec serment, tandis qu'ils sont avertis d'avoir tel égard qu'ils jugent convenable à la déclaration de celui qui n'est appelé que pour donner des renseignements. Cette distinction avait été faite par les anciens jurisconsultes, auxquels la nuance de la criminalité qui sépare ces deux actes n'avait point échappé ; ils différaient seulement sur la peine applicable au témoin entendu sans serment: les uns pensaient qu'aucune peine ne devait être prononcée, parce qu'un témoin qui n'a pas prêté serment n'est pas un témoin [1]; les autres voulaient réserver pour ce cas une peine extraordinaire, c'est-à-dire moins rigoureuse que la peine ordinaire du faux témoignage [2]. Peut-être notre Code eût-il dû maintenir cette dernière distinction qui a été reprise par l'art. 217 du Code pénal belge, et qui est plus conforme à la morale et aux intérêts de la justice.

1778. Ainsi, nulle poursuite en faux témoignage ne peut être dirigée contre les personnes qui ne sont entendues aux débats qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire du président des assises: car, suivant l'art. 269 du Code d'instruction criminelle, « les témoins ainsi appelés ne prêteront point serment, et leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. » Nulle poursuite ne peut également être exercée contre les individus condamnés à la dégradation civique ou à l'interdiction de certains droits civils, puisque aux termes de l'art. 54 du Code pénal, les premiers ne peuvent *déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements*, et les seconds, d'après l'art. 42 du même Code, sont interdits du droit *de témoignage, autrement que pour faire de simples déclarations*. Mais si un condamné, cachant son incapacité, prête serment et donne un témoignage qui est accepté comme tel dans les débats, pourra-t-il soute-

1. Farinacius, quæst. 167, num. 194 ; L. jusjurandi, au C. de testibus.
2. Farinacius, *ibid.*, num. 196; Julius Clarus, § Falsum, num. 11.

nir ensuite qu'il n'est pas passible de la peine du faux témoignage parce que sa déclaration ne pouvait avoir que la valeur d'un renseignement? Cette question a été résolue négativement : « attendu qu'il ne peut dépendre de l'individu frappé d'incapacité de se soustraire à la poursuite en faux témoignage, lorsqu'après avoir célé cette incapacité, il s'est fait admettre à être entendu comme témoin *sous la foi du serment*, et a porté contre un accusé ou en faveur de cet accusé un témoignage contraire à la vérité, puisqu'en agissant ainsi il a donné à une déclaration, qui ne devait avoir que la valeur d'un simple renseignement, l'apparence et la force réelle d'une déposition de témoin irréprochable faite sous la foi du serment, et qu'il a introduit de cette manière dans les débats un élément de conviction propre à égarer et à tromper la justice ; que ce fait a par conséquent tous les caractères du faux témoignage, dont la criminalité se compose de la violation de la foi du serment, de l'altération volontaire de la vérité et de la possibilité d'un préjudice [1]. »

1779. Une autre conséquence du même principe est que les prévenus et les accusés qui, dans l'intérêt de leur défense, font de fausses déclarations, ne peuvent, en aucun cas, être poursuivis en faux témoignage ; car nul n'est réputé témoin dans sa propre cause, *nullus in re suâ testis intelligitur* [2], et c'est d'après cette maxime que l'art. 12 de la loi du 8 octobre-3 novembre 1789 affranchit les accusés du serment [3].

1780. Mais faut-il étendre cette décision au témoin qui n'altère les faits dont il dépose que pour ne pas s'accuser lui-même ? La Cour de cassation a décidé cette question négativement. La Cour de Colmar avait déclaré n'y avoir lieu à accusation contre un prévenu de faux témoignage, par le motif qu'il ne pouvait être obligé, sous peine d'être coupable

1. Cass., 29 juin 1843, Bull. n. 164, S. 14. 1. 58 ; 10 mai 1861, Bull. n. 102.

2. L. 10 au Dig. de testibus.

3. « Pour cet interrogatoire et pour tous les autres, le serment ne sera plus exigé de l'accusé. »

de ce crime, de déclarer un fait qui l'incriminait; cet arrêt a été cassé : « attendu que la loi ne fait aucune exception ; que la sainteté du serment n'en comporte aucune ; que, par cela seul que le prévenu a pris la Divinité à témoin de ses paroles et de sa déposition, il ne pouvait être dispensé par aucune considération personnelle de remplir les devoirs sacrés que le serment lui imposait[1]. » Cet arrêt nous paraît susceptible de quelques observations. Nous ne prétendons point que la vérité n'est pas due dans tous les cas à la justice; loin de là, nous croyons que tout citoyen appelé en témoignage doit la déclarer, lors même qu'elle pourrait lui nuire ; c'est un devoir que lui impose la société, et qu'il doit remplir même à son détriment ; il commet donc un acte immoral s'il dissimule ou falsifie les faits qui sont à sa connaissance, parce que ces faits l'inculpent. Mais commet-il le crime de faux témoignage ? « La raison de douter, dit M. Bourguignon, est que, dès qu'il s'agit de s'expliquer sur un fait qui l'incrimine, il doit cesser d'être regardé comme témoin. Le serment qu'il a prêté ne peut se rapporter qu'aux faits sur lesquels il peut réellement témoigner, et non sur ceux qui sont à sa charge[2]. » On peut dire, en effet, que le témoin change de rôle, et devient prévenu, dès que sa déposition peut avoir pour effet de l'inculper, qu'il doit jouir des priviléges de la défense et qu'il est excusable s'il falsifie les faits qui l'accusent. Ne serait-il pas dur, d'ailleurs, de le contraindre, sous peine de faux témoignage, à s'accuser lui-même, et de se servir ensuite de cette déposition, faite sous la contrainte du serment, pour poursuivre sa condamnation ? La criminalité de son action se modifie, du reste, par sa position même ; s'il ne dit pas la vérité, ce n'est pas pour porter préjudice à autrui, c'est pour se sauver lui-même ; il n'a pas envie de nuire, il ne fait que se défendre, et toute la question est dans ce mot.

1781. Cependant nous devons dire que cette opinion n'a point été accueillie par la jurisprudence et qu'elle a été suc-

1. Cass., 27 août 1824, Bull. n. 106, S.7.525. — ** V. dans le même sens Cass. Belge, 6 juin 1881 ; S.82.4.27.

2. Jurispr. des Codes crim., t. 3, p. 338.

cessivement écartée par trois arrêts assez récents. Dans une première espèce : deux accusés étant traduits aux assises pour crime d'assassinat, la femme Galinier, appelée comme témoin aux débats, fit une déposition qui a été ultérieurement reconnue fausse ; mais l'arrêt rendu contre les deux accusés ayant été annulé pour vice de forme, et l'affaire ayant été renvoyée devant une autre Cour d'assises, la femme Galinier, contre laquelle des indices de complicité s'étaient produits, fut, dans l'intervalle, décrétée d'accusation comme complice de l'assassinat, et en même temps comme ayant porté un faux témoignage dans les premiers débats. Condamnée sur ce dernier chef seulement, elle a prétendu devant la Cour de cassation qu'il y avait contradiction entre l'accusation de complicité d'assassinat et celle de faux témoignage en faveur des accusés. Ce moyen a été rejeté : « attendu que, s'il est incontestable que le même individu ne peut être à la fois accusé et témoin dans la même affaire, en cas de simultanéité de poursuites, il cesse d'en être ainsi lorsque des accusés sont jugés une première fois aux assises, et que celui qui plus tard sera inculpé d'en être complice comparaît comme témoin à cette audience, ce que rien dans la loi n'interdit ; que si la déposition que fait alors ce dernier pour ou contre les accusés est reconnue fausse, il en résulte un crime distinct et à part, qui n'a rien d'incompatible avec l'accusation de complicité du crime principal postérieurement élevée contre lui ; qu'il peut donc être accusé en même temps et même condamné à raison des deux crimes[1]. » Nous ne voulons reprendre qu'un mot de cet arrêt. Il est incontestable que la femme Galinier, acquittée de l'accusation de complicité d'assassinat, avait pu être condamnée comme faux témoin aux premiers débats, car, réputée non coupable de la complicité, elle ne pouvait plus se couvrir de son intérêt personnel à ces débats, où elle n'avait figuré que comme témoin. Mais aurait-elle pu, comme le dit l'arrêt, être condamnée à raison des deux crimes ? Coupable de complicité, la fausse position que l'accusation lui avait donnée par erreur dans les pre-

1. Cass., 10 juin 1856, Bull. n. 220.

miers débats pouvait-elle changer la vérité des choses ? A travers la fiction de son témoignage, n'était-ce pas une complice qui parlait ? Ne déposait-elle pas dans sa propre cause et pour ne pas s'accuser ? Suffit-il, pour constituer le crime, d'une fausse déposition et de la possibilité d'un préjudice ? Ne faut-il pas encore que cette déposition émane d'une personne apte à être témoin, et par conséquent qui ne soit pas incriminée dans la même affaire ? Et le fait que la déposition a précédé l'accusation suffit-il pour ôter à l'accusée l'intérêt qui absout les mensonges de sa défense ?

Deux arrêts postérieurs s'appuient sur un même motif qui est ainsi présenté : que la sainteté du serment ne comporte aucune exception ; que par cela seul qu'un témoin a juré de dire la vérité et toute la vérité, il ne peut être dispensé par aucune considération personnelle du devoir sacré que le serment lui impose ; que le droit naturel, quelle que soit l'autorité qu'on lui accorde, ne saurait autoriser un système qui introduirait dans l'ordre social une perturbation telle que la sincérité et la véracité des témoignages, bases principales de la justice répressive, se trouvant ainsi altérées dans leur essence, la foi du serment, la fortune, l'honneur et la vie des citoyens traduits en jugement seraient en danger[1]. Nul ne soutient que le droit naturel de la défense puisse donner à un témoin le droit de mentir dans la déposition qu'il fait à la justice. On fait remarquer seulement que la situation du témoin qui ne peut dire toute la vérité sans s'accuser lui-même et sans faire un aveu qui deviendra la base de sa mise en prévention, atténue et modifie son action et qu'elle en écarte l'élément intentionnel. Il ne s'agit ni d'altérer ni d'ébranler la sincérité et la véracité des témoignages, mais d'apprécier la criminalité du témoignage apporté dans une telle condition. La question est au fond, une appréciation de fait plus qu'une question de droit. Nous reconnaissons au surplus que, quand elle se présente sous ce dernier aspect, elle se trouve résolue par les arrêts que nous avons cités.

1. Cass., 2 déc. 1864, Bull. n. 273 ; 15 mars 1866, Bull. n. 70.

1782. Au reste, dans tous les temps, cette question avait été décidée dans le sens que nous avions indiqué. La loi romaine disposait formellement qu'un témoignage ne pouvait s'entendre que d'une déposition faite en la cause d'autrui : *Qui falsa vel varia testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, à judicibus competenter puniuntur* [1]. Le témoignage d'une personne n'était même pas admis dans sa propre cause : *Omnibus in re propriâ dicendi testimonii facultatem jura submoverunt* [2]. Baïardus applique ce principe à l'espèce même : *Testis deponens falsum de aliquo delicto, in quo sit socius criminis, non debet puniri de falso nec aliquâ pœnâ* [3]. Jousse atteste que cette décision était suivie dans notre ancienne jurisprudence : « Le témoin qui dépose faux pour sa défense ou dans une cause où il a intérêt devient aussi excusable et ne doit pas être puni de la peine ordinaire du faux [4]. » Enfin, la Cour de cassation avait consacré elle-même cette opinion, dans un premier arrêt motivé « sur ce qu'il résulte des anciennes lois que les témoignages ne peuvent s'entendre que des dépositions faites en la cause d'autrui ; et que la loi (qui punit le faux témoignage) ne peut s'appliquer au délit de celui qui altère la vérité dans sa propre cause [5]. »

1783. La première condition du crime est donc qu'il y ait un témoignage, c'est-à-dire une déposition faite sous serment dans la cause d'autrui [6]. La loi exige ensuite, et cette condition forme la matérialité du crime, que ce témoignage *soit contraire à la vérité*. Des difficultés assez graves s'élèvent sur ce point.

1. L. 16, au Dig. de testibus.
2. L. 10, au C. de testibus.
3. Add. ad Julium Clarum, § Falsum, n. 262.
4. Tome 3, p. 434.
5. Cass., 22 pluv. an XI, Bull. n. 87 ; Devill. et Car., 1, p. 755.
6. * * Le faux témoignage impliquant nécessairement une déclaration faite sous la foi du serment, il n'est pas besoin que l'arrêt qui condamne un individu complice du délit de faux témoignage constate explicitement que les dépositions incriminées avaient été faites après prestation de serment (Cass., 15 juin 1877 ; Bull. n. 145).

Il est nécessaire de distinguer, d'abord, si l'altération de la vérité porte sur des circonstances essentielles du fait, ou sur des circonstances secondaires. Nous trouvons cette distinction dans l'ancien droit. Julius Clarus enseigne que la peine du faux est applicable au témoin quand il altère le fait principal ou les circonstances substantielles de ce fait : *quando testis falsum deposuit circa factum principale vel qualitates substantiales*; mais qu'il en est autrement quand il n'altère que des circonstances accessoires : *secùs autem si circa alia extrinseca, nam eo casu non dicitur falsus* [1]; et il donne la raison de cette distinction : *sufficit enim quod testes in facto principali conveniant, et dummodo in eo sint concordes, non nocet quod sint varii vel contrarii in accessoriis.* Cette opinion est reproduite par Farinacius, qui pense également que la déposition du témoin sur des faits secondaires ne peut donner lieu à aucune poursuite, parce que l'altération de ces faits n'empêche pas que le témoignage ne fasse foi sur les autres faits : *quando testis falsum deponeret in accessoriis, quia tunc ejus fides non diminuitur in reliquis* [2].

Notre ancienne jurisprudence avait constamment appliqué cette règle, ainsi que l'atteste Jousse : « Les témoins, dit cet auteur, qui changent ou rétractent leur déposition en justice, doivent être punis comme faux témoins, sauf les cas suivants : 1° si la variation ne tombe pas sur les circonstances essentielles ; 2° si la première déclaration avait été faite par erreur. En général, les témoins qui varient et changent leurs dépositions cessent d'être punissables de la peine ordinaire du faux, lorsque ce changement ne tombe pas sur le fait principal [3]. » Ce principe avait d'ailleurs été implicitement consacré par l'article 11 du titre 15 de l'ordonnance d'août 1670, portant : « Les témoins qui, depuis le récolement, rétracteront leurs dépositions ou les changeront *dans des circonstances essentielles*, seront poursuivis et punis comme faux témoins. » On lit dans les procès-verbaux de cette ordon-

1. Practica crim., quæst. 53, n. 9.
2. Quæst. 67, n. 154 et seq.
3. Tome 3, p. 426.

nance que M. le premier président de Lamoignon avait proposé de n'appliquer cet article qu'à ceux qui se rétracteraient absolument, et non pas à ceux qui ne feraient que varier dans quelques circonstances qui ne seraient pas tout à fait essentielles. M. Pussort répondit que ces mots, *circonstances essentielles*, se trouvaient dans l'article et satisfaisaient à tout [1].

Il semble difficile que cette règle ne soit pas encore appliquée. Le faux témoignage cesse d'être nuisible, suivant la remarque de Julius Clarus, quand il porte sur des circonstances accessoires, et qu'il n'a pas pour effet de détruire ou d'établir une preuve du fait principal : il cesse encore d'être nuisible, quand il a pour objet, non pas le fait lui-même, mais une appréciation morale de ce fait. Le mensonge d'un témoin sur une circonstance accessoire du fait ou sur la moralité de ce fait ne suffit pas pour égarer la marche de la justice. L'action du témoin est sans doute immorale, mais l'intérêt social, qui est la raison de la peine, disparaît. Et puis, il est extrêmement difficile, dans ce cas, de discerner l'erreur de la mauvaise foi; car le témoin qui dit la vérité sur le fait principal n'a pas d'intérêt à l'altérer sur les circonstances secondaires, et l'on doit être porté à attribuer cette altération à un manque de mémoire ou à une illusion des sens. Enfin, la Cour de cassation paraît avoir confirmé cette doctrine dans une espèce où des variations sur des faits accessoires attribués à un plaignant entendu comme témoin avaient amené sa condamnation aux fers ; son arrêt déclare « que les variations reprochées à ce témoin, et pour lesquelles il a été accusé, poursuivi et condamné à vingt ans de fers, ne tombaient pas sur un fait matériel, mais sur les circonstances du fait, ou plutôt sur le jugement qu'il a porté de la volonté et de l'intention de celui qui l'avait blessé, et sur les causes qui ont pu retarder l'effet de la blessure; que sa variation sur le point de savoir si le coup de fusil dont il avait été blessé avait été tiré volontairement, était d'autant plus excusable, qu'il est constaté par le procès-verbal que les témoins présents ont été dans l'incertitude à

1. Procès-verbal des conférences, t. 2, p. 178.

cet égard ; qu'on ne peut pas non plus lui faire un crime de s'être trompé sur la cause de la durée de sa maladie, et d'avoir imputé à son inconduite et à des imprudences à lui personnelles le retard de sa guérison, que les médecins n'attribuaient qu'à la blessure et à d'autres accidents naturels ; que ces déclarations ne présentaient pas le caractère de gravité nécessaire pour constituer le crime de faux témoignage [1]. »

1784. Mais quelles sont les circonstances essentielles, quelles sont les circonstances accessoires d'une accusation criminelle ? Il serait difficile de poser sur ce point une règle invariable ; les anciens auteurs n'étaient pas eux-mêmes d'accord. Jousse considérait la déposition comme portant sur des faits accessoires, « si, dans un homicide, les témoins se trompaient sur le genre des armes de l'agresseur, et que l'un déposât avoir vu l'accusé avec un poignard à la main et l'autre avec une épée. Il en est de même, ajoute cet auteur, si les témoins se trompaient sur le jour que le crime est arrivé, et ainsi des autres. Dans tous ces cas, la déposition des témoins n'en subsiste pas moins, quoiqu'ils déposent faux sur quelques circonstances ; et il suffit alors qu'ils s'accordent sur le fait principal ; mais quoiqu'ils diffèrent sur quelques circonstances accessoires, cela ne nuit point à leur déposition [2]. »

Baïardus regarde. au contraire, les circonstances du temps et du lieu comme des circonstances essentielles : *Si falsitas commissa fuerit circa circumstantiam quæ pertinet ad negotium principale et confert ad ejus veritatem vel falsitatem, tunc dicitur esse in negotio principali et punitur pœnâ ordinariâ de falso, putà, si versetur super loco vel tempore delicti vel contractûs* [3]. En général, les circonstances essentielles sont toutes celles qui forment la preuve du fait principal et des circonstances aggravantes de ce fait : ainsi, le jour, le lieu de la perpétration du crime peuvent constituer des circonstances essentielles, si la preuve du crime est atta-

1. Cass., 16 janv. 1807, S.7.1.551.
2. Tome 3, p. 431.
3. Ad Julium Clarum, § Falsum, annotationes, n. 58.

chée à la constatation de ces circonstances ; si, pour employer les expressions de Baïardus, l'une ou l'autre est une preuve de la vérité ou de la fausseté de l'accusation. Telle est la règle qui doit servir à séparer les faits substantiels et extrinsèques, principaux et accessoires, afin que les premiers seuls servent de base au faux témoignage. Cette règle est subordonnée sans doute à l'appréciation des faits dans chaque accusation ; mais si son application dépend des circonstances, la raison qui la domine est invariable et doit servir à la diriger.

1785, Le témoin altère-t-il une circonstance essentielle, lorsqu'il déguise son nom, sa qualité, sa parenté avec l'accusé ? On dit pour l'affirmative, que la déclaration préalable sur les nom, profession, parenté du témoin, se lie avec la déclaration sur le fond ; qu'elle en est inséparable et qu'elle s'identifie avec elle, puisqu'elle sert à fixer le degré de confiance que la déclaration mérite, et que le faux dans cette déclaration, tendant, comme le faux dans la déposition, à induire en erreur les juges et les jurés, au préjudice de l'accusation ou de l'accusé, doit être puni comme faux témoignage [1]. Nous ne pouvons admettre cette opinion. L'article 317 du Code d'instruction criminelle, après avoir prescrit la formule du serment et les différentes interpellations qui doivent précéder la déclaration, ajoute : « Cela fait, les témoins déposeront oralement. » La loi distingue donc les interpellations préalables et la déposition ; elle ne les confond donc pas dans le même acte ; elle les sépare dans ses dispositions comme elles sont séparées par la nature des choses : or, auquel de ces actes s'appliquent les peines du faux témoignage ? Il est évident que le Code pénal n'a eu en vue que la déposition sur le fond : il n'inculpe, en effet, le faux témoignage *que soit contre l'accusé, soit en sa faveur* ; il dispose que le faux témoin *qui a déposé contre l'accusé* subira la même peine que celui-ci (art. 361). Comment comprendre dans ces termes le mensonge du témoin sur une interpellation relative à son nom ou

1. M. Bourguignon cite, comme ayant jugé dans ce sens, un arrêt de Cass., 17 juin 1811, qui ne se trouve dans aucun recueil, t. 3, p. 335.

à ses relations avec l'accusé? Est-il donc permis d'étendre la loi pénale au delà de ses termes précis? Sans doute la vérité sur les interpellations personnelles est importante; les réponses du témoin sur ce point fixent sa position relativement à l'accusé, et le degré de confiance qui peut être accordé à ses assertions. Mais il ne suit pas de là que ces déclarations préalables fassent partie de la déposition : ce sont des renseignements utiles, mais étrangers à cette déposition. La déposition se compose de ce que le témoin a vu ou entendu relativement au procès, et c'est cette vérité sur le fond dont l'altération seule peut être un crime. En effet, les fausses déclarations du témoin sur ces questions de forme ou sur le fond du procès n'apportent point le même préjudice, ne supposent point la même immoralité : dans le premier cas, la justice est privée d'un renseignement, mais, dans le second, d'une preuve; dans l'un, elle n'est trompée que sur le degré de créance qu'elle doit accorder au témoin; dans l'autre, sur les faits mêmes qui forment les éléments de son jugement. Il faut donc reconnaître que les interpellations relatives aux qualités du témoin sont extrinsèques à sa déposition; que si elles en font partie, elles n'en sont que des circonstances secondaires et accessoires ; d'où il suit que la fausseté des réponses du témoin ne peut donner ouverture à l'action en faux témoignage.

1786. Cette règle posée, il faut examiner les différentes manières suivant lesquelles l'altération de la vérité peut se produire dans les témoignages. Les témoins, en général, peuvent se rendre suspects à la justice par leur refus de répondre, par des réticences, par des dénégations, par des variations de leur témoignage, enfin par leurs contradictions.

Le simple refus de répondre aux interpellations qui leur sont adressées ne peut jamais constituer un faux témoignage. En effet, il ne peut y avoir de faux témoignage qu'autant qu'un témoignage est porté ; or, le refus de témoignage ne peut être considéré comme un témoignage ; et puis le témoin ne trompe pas la justice, seulement il refuse de l'éclairer, il s'abstient. D'ailleurs, cette abstention a fait l'objet d'une dis-

position particulière de la loi : l'article 304 du Code d'instruction criminelle prononce une amende de cent francs contre les témoins *qui refuseront de faire leurs dépositions* ; on ne pourrait donc appliquer une autre peine. La Cour des pairs a fait l'application de ce principe dans le procès du 19 août 1820, en condamnant, sur le réquisitoire du ministère public, à cent francs d'amende un témoin qui avait itérativement refusé de nommer une personne dont il avait parlé dans sa déposition [1].

1787. Une réticence simple n'est qu'un refus de répondre sur un point déterminé. Il est donc évident que la même décision doit s'y appliquer ; et telle est aussi l'interprétation consacrée par la Cour de cassation : « attendu qu'une réticence simple, quand elle n'est pas liée à la déclaration dont elle altère le sens et le résultat, ne peut constituer seule le faux témoignage, puisqu'elle se réduit alors à un simple refus de répondre [2].

Il ne suffit même pas que la réticence soit liée à la déposition, pour qu'elle puisse devenir la matière d'une action criminelle. Ainsi le témoin qui, en avouant les faits qu'il a vus, ne veut pas déclarer le jour où ils ont été commis, ou telle autre circonstance qui s'y rattache, ne peut être considéré comme un faux témoin. En effet, le devoir du témoin est de déclarer toute la vérité ; il manque à ce devoir lorsqu'il refuse de révéler les faits qui sont à sa connaissance : mais il ne faut pas confondre cette infraction d'un devoir légal avec le crime d'altérer la vérité ; la loi ne punit que cette altération ; or, la réticence, fût-elle même liée à la déposition, ne produit pas nécessairement un tel résultat.

La réticence ne peut donc être incriminée qu'autant qu'elle dénature la déposition et lui donne un sens contraire à la vérité ; car dans ce cas elle produit l'altération qui est de l'essence du crime. Ainsi on ne doit pas hésiter à penser que

1. Arr. du 1er juin 1821, rapp. par M. Cauchy, dans les *Précédents de la Cour des pairs*, p. 496.

2. Cass., 20 mai 1808. S.2.530 ; Dall., t. 12, p. 609.

le témoin qui déposerait d'un fait imputé par erreur à un autre que le véritable coupable, et qui, par haine contre cet individu, ne déclarerait pas, quoiqu'il le sût, qu'il n'est pas le coupable, pourrait être poursuivi en faux témoignage ; car sa réticence a précisément pour objet de donner à sa déposition un sens contraire à la vérité, en le faisant peser sur la personne assise au banc des accusés. C'est conformément à cette distinction que la Cour de cassation a décidé « que les dénégations et les réticences d'un témoin assermenté entendu aux débats n'ont le caractère de faux témoignage que lorsqu'elles équivalent à l'expression d'un fait positif contraire à la vérité, soit en faveur, soit au préjudice de l'accusé [1]. »

1788. La même distinction s'applique aux dépositions négatives. La déposition négative est celle par laquelle le témoin nie avoir vu, avoir entendu les faits sur lesquels il est appelé à donner son témoignage. Il est difficile, dans ce cas, d'apprécier sa bonne foi ; car il est possible que ce témoin, eût-il été en position de voir et d'entendre, n'ait eu aucune perception sensible de l'action, ou qu'il ne l'ait saisie que d'une manière vague et confuse ; mais, s'il est constaté qu'il en a eu connaissance et que sa dénégation n'a pour but que de détruire une preuve, évidemment par cette dénégation il commet un faux témoignage, car il altère la vérité dans le procès. Telle était la décision des anciens jurisconsultes. Ainsi, suivant Farinacius, la peine du faux témoignage s'applique au témoin qui prétend ne pas savoir ce qu'il sait réellement : *In teste qui dicit se nescire in quod reverà scit, tunc enim negando veritatem, nedùm illam tacendo, eo magis de falso punitur* [2]. Il en était même ainsi à l'égard de celui qui prétendait ne pas se ressouvenir : *Etiam in illo teste qui dicit se non recordari de eo quod vel certum est ipsum recordari ; nam et hunc testem de falso puniendum* [3]. La Cour de

1. Cass., 1er sept. 1814, J. P. 12. 410.

2 et 3. Quæst. 67, num. 223 et 227. Damhouderius, cap. 124, n. 5, p. 395.

cassation a sanctionné cette doctrine en déclarant « que s'il est vrai qu'une déposition simplement négative ne constitue pas essentiellement et par elle-même le faux témoignage, parce qu'il est possible qu'un témoin n'ait point vu ou n'ait point entendu ce qu'il avait été en situation de voir ou d'entendre, il est cependant évident qu'une déposition de ce genre constitue ce crime, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi et dans une intention criminelle, c'est-à-dire dans le but d'infirmer la preuve ou l'évidence du fait incriminé, et de se mettre en contradiction avec la vérité [1]. »

Cependant la déposition négative, de même que la réticence, ne pourrait être incriminée, s'il n'en résultait pas un fait contraire à la vérité et de nature à détruire les preuves existant aux débats : car la négation d'un fait vrai peut n'avoir aucune influence sur le procès ; il faut qu'elle ait pour but de détruire les faits qui font l'objet de ce procès. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation a déclaré « que le réclamant a été condamné par application de l'article 362 du Code pénal, comme convaincu de faux témoignage ; que néanmoins sa déposition ne présentait qu'une déclaration négative qui n'excluait pas le fait affirmatif déclaré constant par le tribunal correctionnel ; que cette déclaration n'était donc pas en contradiction absolue et nécessaire avec la vérité de ce fait ; qu'elle ne pouvait donc constituer un faux témoignage [2]. »

1789. Les variations d'un témoin dans sa déposition ne sont pas nécessairement des indices d'un faux témoignage. Ses souvenirs peuvent l'avoir trompé dans ses premières déclarations ; il peut, après les avoir médités de nouveau, sentir le besoin de rectifier des faits qu'il n'avait pas présentés sous leur véritable jour ; cette rectification est un devoir pour lui. D'ailleurs, la loi n'a point pensé que les dépositions recueillies dans l'instruction écrite

1. Cass., 17 mars 1827, Bull. n. 61.
2. Cass., 10 janv. 1812, Sir., 4, p. 6 ; J. P. 10. 25.

dussent demeurer invariables : ces dépositions n'ont qu'un but, c'est de servir d'élément à l'accusation ; mais elles ne peuvent devenir la base du jugement, il faut qu'elles se renouvellent au débat ; la loi a donc supposé qu'elles pouvaient varier. Ainsi ce n'est point pour inculper le témoin, c'est dans l'intérêt de la défense que l'art. 318 du Code d'instruction criminelle dispose qu'il sera tenu note des additions, changements et variations qui peuvent exister entre les différentes déclarations de ce témoin. La Cour des pairs a donc pu décider, dans le procès d'avril 1832, que, malgré la contradiction existant entre la déposition du nommé Rey devant le juge d'instruction à Lyon, et celle faite à l'audience de la Cour, il ne résultait cependant de ce fait aucun indice satisfaisant que cet individu se fût rendu coupable de faux témoignage [1].

Mais si ces variations n'étaient pas expliquées, si le témoin ne donnait pas un motif légitime ou du moins plausible de son changement, s'il avait pour but de détruire ou d'affaiblir ses premières déclarations, enfin si la fausseté de sa nouvelle déposition était reconnue, l'action publique pourrait évidemment y puiser les éléments d'une poursuite criminelle, en admettant toutefois cette double condition, qui sera développée plus loin : la première, que le faux témoignage résulte de la dernière déclaration ; la seconde, que le témoin persiste dans cette fausse déposition. Ainsi établie, la variation, loin d'exclure la poursuite, en provoque l'exercice ; car elle porte en elle-même la preuve irrécusable du faux témoignage.

1790. La même distinction s'applique encore aux contradictions qui se révèlent dans un seul et même témoignage. Le témoin peut les expliquer par son trouble, par l'émotion produite par l'audience, par la confusion de sa mémoire, par la connaissance imparfaite qu'il a des faits. Mais si ces contradictions révèlent l'intention d'altérer les faits, si le témoin est surpris en flagrant délit de mensonge, si ses dernières assertions sont reconnues fausses, enfin s'il y per-

1. Précédents de la Cour des pairs, p. 500.

siste, elles peuvent devenir la matière d'une action criminelle.

Résumons-nous sur ce point. La première condition du faux témoignage est que la déposition soit contraire à la vérité ; or cette règle suppose, d'abord, qu'il y a une déposition judiciaire, c'est-à-dire une déposition faite sous serment et dans la cause d'autrui ; elle suppose, ensuite, que cette déposition porte sur les circonstances essentielles du procès, et que l'altération de la vérité a pour objet d'affirmer ou de nier quelqu'une de ces circonstances. C'est à l'aide de cette double condition qu'il est possible d'apprécier le véritable caractère des dénégations, des réticences, des changements et des contradictions des témoins. Mais, pour constituer le crime, il ne suffit pas d'une altération commise dans une déposition, même sur un point essentiel du procès, il faut encore un second élément.

1791. La deuxième condition de son existence consiste dans la possibilité d'un préjudice par suite du faux témoignage.

Le faux témoignage n'est, en effet, qu'une des espèces du faux ; or, nous avons vu, en traitant de ce crime, que l'un de ses éléments constitutifs était le préjudice qu'il doit produire [1]. L'altération de la vérité, en témoignage comme par écrit, devant les tribunaux comme dans les actes, lorsqu'elle ne cause aucune lésion, n'est plus, quelle que soit l'intention de nuire qui l'anime, que l'expression d'une pensée, criminelle sans doute, mais inoffensive. La morale la flétrit ; mais la loi, avant de la frapper, veut en constater les effets : car la loi, ainsi que nous l'avons remarqué au début de ce livre [2], n'incrimine et ne punit les actions humaines que lorsque ces actions troublent ou menacent les intérêts que sa mission spéciale est de protéger.

En matière civile, la loi n'a point formulé cette règle en termes exprès, mais elle résulte de la nature même du fait. Comment la déposition qui ne peut ni profiter à son auteur,

1. V. *suprà*, t. 2, n. 680 et suiv.
2. V. *suprà*, t. 1er, n. 9 et 11.

ni nuire à personne, serait-elle punie à raison de sa seule fausseté? Comment admettre que la loi ait voulu punir le simple mensonge devant les tribunaux civils, tandis qu'elle ne punissait pas le mensonge préjudiciable devant les tribunaux criminels ? Ce système dérogerait à la fois au principe général qui n'incrimine que les actes préjudiciables à la société ou aux intérêts privés, et à la règle particulière à la matière du faux, qui considère la possibilité d'une lésion quelconque comme un élément essentiel du crime. La déposition contraire à la vérité est, dans tous les cas, une action immorale; mais lorsque cette déposition est dénuée d'effet et demeure inoffensive, l'intervention de la peine serait sans objet, car la peine ne venge pas la morale, elle répare les intérêts froissés.

A la vérité, la Cour de cassation a déclaré, dans un arrêt de rejet, « que l'art. 363, en infligeant une peine au coupable de faux témoignage en matière civile, n'impose pas la condition, pour que cette peine soit applicable, qu'il ait été ou non porté préjudice à un tiers[1]. » Mais il faut remarquer, d'abord, qu'en effet la condition d'un préjudice causé n'est point essentielle au faux témoignage, et qu'il suffit qu'il résulte de la déposition la possibilité de ce préjudice ; l'arrêt, sous ce rapport, n'est donc nullement contraire à notre règle. En second lieu, il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, de savoir si l'existence de ce préjudice avait dû faire l'objet d'une question au jury, et la Cour de cassation s'est bornée à décider que la loi ne l'exigeait pas.

1792. En matière criminelle, l'application de la même règle ne peut être l'objet d'aucune incertitude. En effet, conformément à une règle qui sera développée plus loin, le faux témoignage n'est puni par la loi que lorsqu'il a été porté *soit contre l'accusé, soit en sa faveur*[2], et par conséquent lorsqu'il a pu porter préjudice soit à la défense de l'accusé, soit à l'accusation elle-même, c'est-à-dire aux intérêts généraux de la société qu'elle soutient.

1. Cass., 14 juill. 1827, S. 28. 1. 72.
2. Cass., 23 avril 1868, Bull. n. 108.

Tonte déposition fausse, même portée contre l'accusé ou en sa faveur, n'est pas nécessairement préjudiciable. Ainsi, dans l'ancien droit, les déclarations mensongères des témoins, même au récolement, n'étaient l'objet d'aucune poursuite ; ce n'était que *depuis ce récolement*, qu'aux termes de l'article 11 du titre 15 de l'ordonnance de 1670, ces déclarations pouvaient donner lieu à une accusation; il fallait, par conséquent, que la vérité eût été altérée par la confrontation du témoin avec l'accusé [1], car ce n'était qu'alors que l'altération acquérait un caractère définitif. « En effet, il faut, dit Jousse, pour qu'une personne puisse être punie d'un faux témoignage, que sa déposition cause du préjudice à quelqu'un, ou du moins qu'elle lui puisse nuire ; car si elle ne peut causer un préjudice, le sentiment général est qu'elle n'est pas punissable [2]. » Or le préjudice ne commence qu'au moment où la déposition, acquise au procès, ne peut plus être rétractée.

Cette jurisprudence, fondée sur la véritable théorie de la matière, ne pouvait être répudiée par notre Code : « La formalité du récolement des témoins, a dit l'orateur du Corps législatif dans son rapport, n'existe pas dans notre nouvelle instruction criminelle. C'est le débat public qui tient lieu de confrontation, c'est la déposition orale des témoins qui peut seule servir aux jurés, c'est aussi la seule qui peut être arguée de fausseté et donner ouverture à l'action en faux témoignage. »

Les termes de l'art. 361 supposent, en effet, que le faux témoignage a été porté dans le cours des débats qui ont précédé le jugement, puisqu'il exige qu'il ait été porté contre ou pour l'*accusé*, et par conséquent postérieurement à l'arrêt de mise en accusation, et quand l'instruction est complète. Les motifs de cette restriction ont déjà été indiqués : devant le juge d'instruction, la déposition n'est qu'un renseignement qui sert à diriger la prévention, mais qui n'influe pas néces-

1. Jousse, Mat. crim., t. 3, p. 425 ; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 203.

2. Traité des mat. crim., t. 3, p. 433.

sairement sur son sort ; sa fausseté n'a point d'effets irrévocables ; c'est un acte préparatoire du crime, ce n'est point le crime encore. Le crime n'est consommé que lorsque la déposition est devenue irrévocable, lorsque le préjudice qu'elle a pu produire ne peut plus être effacé. On peut ajouter encore qu'il est sage de ne point incriminer une déposition faite dans l'instruction préparatoire, ce serait réduire les témoins à la nécessité de persévérer dans leurs déclarations mensongères, de crainte d'être poursuivis comme faux témoins.

1793. C'est d'après cette doctrine que la Cour de cassation a jugé, sous l'empire même du Code de 1791, qu'une fausse dénonciation ne peut être assimilée au faux témoignage : « attendu que, d'après la loi, il n'existe de faux témoignage que celui qui est fait dans un procès criminel devant le jury de jugement [1], » et, dans une autre espèce, que la déposition fausse faite devant le directeur du jury ne pouvait servir d'élément à la poursuite : « attendu que la loi du 5 pluviôse an II [2], interprétative de l'article 48 (tit. 2, sect. 2) du Code de 1791, n'applique de peines qu'aux témoins entendus sur les accusations capitales ; d'où l'on doit conclure que, pour qu'il y ait lieu à poursuite pour faux témoignage, il faut qu'il soit intervenu une accusation, et que le faux témoignage soit donné postérieurement à l'admission de cette accusation [3]. »

Cette jurisprudence n'a fait que se continuer depuis le Code pénal, et la Cour de cassation a jugé par un grand nombre d'arrêts : « qu'il résulte de la combinaison des articles 361, 362, 363 et 365 du Code pénal, et notamment du rapprochement des deux dispositions de l'article 361 avec l'article 365, qu'une déposition fausse ne peut constituer le crime de faux que lorsqu'elle est faite dans les débats d'après

1. Cass., 19 prair. an VIII, S. 1. 327.

2. On trouvera plus loin le texte de cette loi et du Code de 1791, n. 1811.

3. Cass., 19 mess. an VIII, 3 therm. an XI, 19 brum. an XII et 22 mess. an XIII, S. 1. 840 et 863 ; 2, p. 138, J. P. 3. 378 et 493 et 4. 652.

lesquels il doit être prononcé définitivement sur le fait auquel la déposition se rapporte [1]. »

1794. Une autre conséquence du même principe est que le témoin qui, même dans le cours des débats, fait une déposition mensongère ne peut être poursuivi pour faux témoignage s'il la rétracte avant la clôture de ces débats. On trouve les motifs de cette décision dans un arrêt de la Cour de cassation portant : « que les différentes parties d'une déposition forment un tout indivisible ; qu'elle ne doit être considérée comme complète et irrévocable que lorsque les débats de l'affaire à laquelle elle se rapporte ont été définitivement clos ; qu'en rétractant une déposition mensongère avant qu'elle ait porté à la société ou au prévenu un préjudice irréparable, le témoin qui l'a émise en a volontairement détruit l'effet ; que la loi, dans ses dispositions sur le faux témoignage, n'a point séparé cet acte des conséquences qui y sont attachées ; qu'il ressort de la corrélation des deux paragraphes de l'article 361 qu'elle ne le répute criminel qu'autant qu'il devient un élément de la décision à intervenir ; qu'ainsi, lorsque la volonté qui la produit en prévient les résultats en temps utile, les deux caractères essentiels du crime de faux témoignage, savoir, le fait d'avoir trompé la justice, et la possibilité du dommage résultant de ce fait, ont également cessé d'exister [2]. » On lit encore dans un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu dans une espèce identique : « qu'en rétractant une déposition mensongère avant qu'elle ait porté à la société ou à l'accusé un préjudice irréparable, le témoin, par son retour à la vérité, a volontairement arrêté les conséquences funestes que la déposition fausse aurait pu avoir ; qu'il serait aussi difficile que dangereux d'examiner si cette rétractation a été l'effet de la crainte des peines portées par la loi contre le faux témoignage, ou si elle a été le résultat d'un remords volontaire ou de souvenirs recueillis et

1. Cass., 18 fév. 1813, Bull. n. 27 ; S. 4. 287 ; 26 avril 1816, Bull. n. 24, S. 5. 183 ; 14 sept. 1836, Bull. n. 184. — * * V. aussi Cass., 11 mars 1882 ; Bull. n. 72.

2. Cass., 4 juill. 1833, S. 33. 1. 862.

coordonnés avec plus de maturité et de réflexion, et qu'il suffit que la rétractation de la fausse déclaration ait été faite en temps utile, pour que le crime de faux témoignage n'existe pas [1]. »

Il est donc de principe que, tant que le débat n'est pas clos, tant que le témoin conserve la faculté de modifier sa déposition, cette déposition n'est pas définitivement acquise, elle n'est pas considérée comme complète, le crime n'est pas consommé. Elle n'acquiert ce caractère qu'au moment où le débat est fermé, où elle ne peut plus être rétractée, où ses effets ne peuvent plus être détruits.

1795. A quel moment le débat est-il réputé clos et le témoignage irrévocable en matière correctionnelle ? Au moment de la clôture des débats de l'affaire dans laquelle le témoignage est intervenu. Ce point est nettement décidé par un arrêt qui déclare : « que le délit de faux témoignage n'est légalement consommé qu'au moment où la déposition mensongère d'un témoin est devenue irrévocable et a produit tout son effet sur l'esprit du juge, soit pour, soit contre le prévenu ; que ce moment suprême n'existe que lorsque les débats sont terminés ; que jusque-là le témoin peut se rétracter, rentrer dans la voie de la vérité et faire ainsi disparaître les conséquences funestes que sa déposition aurait pu entraîner après elle ; que, devant un tribunal correctionnel, les débats ne sont définitivement clos qu'après que le ministère public a été entendu en ses réquisitions et le prévenu en sa défense ; — et attendu qu'à l'audience du tribunal correctionnel de Vitré le nommé Bellanger, cité comme témoin à l'occasion d'une poursuite dirigée contre la fille Boulogne, inculpée d'attentat aux mœurs, a fait une déposition qui a paru mensongère ; que le tribunal a, sur les réquisitions du ministère public, condamné, séance tenante, ledit Bellanger à un mois d'emprisonnement comme coupable de faux témoignage ; qu'il est constant que cette condamnation a été prononcée avant la clôture des débats de l'affaire concernant la fille Boulogne, c'est-à-dire avant le

1. Cass., 19 avril 1839, Bull. n. 129 ; Devill. et Car., 1839, 1, 325.

réquisitoire du ministère public et la défense de la prévenue, que la décision du tribunal était dès lors prématurée; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en prononçant le relaxe de Bellanger, par le motif que la condamnation aurait été portée contre lui avant que sa déposition fût devenue complète et irrévocable par la clôture des débats de l'affaire à laquelle elle se rapportait, n'a commis aucune violation de la loi[1]. »

1796. Il faut conclure de là qu'en matière correctionnelle le témoin qui a fait une fausse déposition devant un premier juge, et qui ne s'est rétracté que devant les juges d'appel, est passible de la peine du faux témoignage. On peut dire, à la vérité, que si les débats du tribunal correctionnel ont été fermés en première instance avant que le faux témoin ait désavoué sa déclaration, l'appel a eu pour effet de les rouvrir et de les continuer; qu'en matière correctionnelle les débats ne sont définitivement clos que par le jugement d'appel, ou l'expiration des délais de cet appel; que si le jugement de première instance acquiert force de chose jugée, la déposition est devenue définitive, elle peut constituer un faux témoignage; que si les débats, au contraire, s'ouvrent encore en appel, le témoin reprend la faculté de détruire les effets de son mensonge, et d'effacer dès lors la criminalité de sa déclaration. Il faut répondre à ces objections que la déposition devient complète, en première instance, au moment où le débat est fermé; elle est acquise au procès, même au cas d'appel. Les juges de cet appel se serviront pour l'apprécier des notes de l'audience. Le faux témoignage est consommé; le jugement peut acquérir un caractère définitif; la possibilité du préjudice est évidente, et la criminalité résulte de ce qu'en présence de ce préjudice possible le témoin a persisté jusqu'au jugement dans la fausse déclaration. Comment admettre ensuite que l'existence du crime soit soumise à la condition résolutoire d'un appel, qu'il soit punissable si le jugement n'est frappé d'aucun recours, qu'il s'évanouisse si l'appel est formé, de sorte qu'il

1. Cass., 20 nov. 1868, Bull. n. 228.

dépende d'un fait extérieur étranger à l'agent ? Le crime est consommé par la clôture de la déposition faite avec intention de nuire, par la possibilité du préjudice qu'elle pouvait produire. Sans doute, si les débats s'ouvrent de nouveau devant une autre juridiction, le prévenu recouvrera le pouvoir de modifier ses premières déclarations ; mais si ce repentir tardif peut être considéré comme une circonstance atténuante de son crime, il ne l'efface pas. Il ne faut pas confondre tous les débats auxquels peut donner lieu un procès, avec le débat particulier dans lequel une déposition commence, peut se modifier et s'achève. L'arrêt de cassation qui annule l'arrêt d'une Cour d'assises pour quelque vice de forme ne fait pas disparaître le faux témoignage qui a précédé cet arrêt. Si le témoin peut se rétracter pendant le débat, c'est que sa déposition n'est close, n'est acquise au procès qu'à la clôture de ce débat ; mais dès qu'il laisse devenir définitive la fausse déclaration, dès qu'elle peut devenir un élément d'un jugement, le faux témoignage est complet, quelles que soient ses suites, et lors même que le jugement serait annulé par suite de quelque recours. Cette doctrine a été adoptée par un arrêt qui déclare : « que la rétractation faite à l'audience d'un tribunal d'appel d'une déposition fausse faite sous la foi du serment à l'audience du tribunal qui a prononcé en première instance, ne peut enlever à ce fait le caractère de criminalité que la loi pénale y a attaché, parce qu'alors tout le préjudice possible a été consommé devant le tribunal qui a prononcé en premier ressort, et que la prudence et la justice de ce tribunal ont pu être induites en erreur dans le jugement du procès par l'effet du faux témoignage porté devant lui ; que l'instance qui a lieu devant le tribunal du premier ressort est tout à fait distincte et séparée de celle à laquelle il est procédé en appel ; que le résultat final de la poursuite judiciaire ne doit pas être pris en considération pour apprécier la criminalité du faux témoignage, car son auteur ne peut profiter de ce que son crime n'a pas produit tout l'effet qu'il en attendait ; que la crainte de voir le témoin persister dans une déposition fausse par lui faite à l'au-

dience du tribunal en première instance, si en se rétractant devant le tribunal d'appel il s'exposait à une poursuite en faux témoignage, ne peut être un motif suffisant pour laisser, pendant toute la durée et à toutes les phases d'un procès criminel ou correctionnel, l'action civile et même l'exercice de l'action publique à la merci des calculs, des perplexités ou du repentir vrai ou simulé du témoin qui a faussé devant la justice la foi du serment [1]. »

1797. La même solution doit s'appliquer au cas où le tribunal correctionnel, sursoyant à statuer, a renvoyé le témoin inculpé devant le juge d'instruction, si ce témoin vient à se rétracter devant le juge, lorsque d'ailleurs aucun débat ne se rouvre sur l'affaire principale ; et c'est ce que la Cour de cassation a décidé dans un arrêt qui porte : « que l'arrêt attaqué constate que, dans le cours des débats sur l'affaire principale, pour coups et blessures volontaires imputés aux demandeurs, les dépositions de quatre témoins, que ceux-ci auraient subornés, ont paru suspectes de faux témoignage ; qu'après les réquisitions du ministère public et la défense des prévenus, le président a de nouveau interpellé et pressé vivement les témoins de déclarer la vérité ; que ceux-ci, malgré ces instances réitérées, ont persisté dans leurs premières déclarations ; que le ministère public ayant annoncé qu'il allait requérir une instruction pour faux témoignage, après l'assentiment donné à ces conclusions par les défenseurs des prévenus, le tribunal a ordonné qu'il serait sursis, en conformité de l'art. 331 du C. inst. crim., au jugement de l'affaire principale, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la poursuite en faux témoignage et en subornation de témoins ; qu'il résulte en outre de l'arrêt attaqué que la rétractation des témoins n'a eu lieu que devant le juge d'instruction et qu'il n'a été procédé à aucun débat sur l'affaire principale avant le prononcé du jugement de cette affaire ; qu'il ressort de ces constatations que l'instruction de cette dernière affaire était complétement terminée et définitive lorsqu'est intervenue la décision de sursis à prononcer jugement ; que les témoins

1. Cass., 3 juin 1846, Bull. n. 139.

avaient fait ce qu'ils pouvaient pour causer un préjudice irréparable, lequel aurait été réalisé si le tribunal avait rendu immédiatement son jugement sur l'affaire des coups et blessures ; que dès lors la rétractation des témoins n'a pas eu lieu en temps utile et n'a pu en conséquence faire disparaître le délit [1]. »

1798. Mais si le témoin qui a fait une fausse déposition à une première audience du tribunal de première instance, se rétracte à une autre audience à laquelle l'affaire a été continuée, il n'y a plus de faux témoignage, puisque la déposition a été rectifiée avant la clôture du débat et lorsqu'elle n'avait encore servi de base à aucune décision. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt portant « qu'il est de principe que les différentes parties d'une déposition forment un tout indivisible ; qu'elle ne doit être considérée comme complète et irrévocable que lorsque les débats de l'affaire à laquelle elle se rapporte ont été définitivement clos ; qu'en rétractant une déposition mensongère avant qu'elle ait porté à la société ou au prévenu un préjudice irréparable, le témoin qui l'a émise en a volontairement détruit l'effet ; que la loi, dans ses dispositions sur le faux témoignage, n'a pas séparé cet acte des conséquences qui y sont attachées ; qu'il ressort de la corrélation des deux paragraphes de l'art. 361 qu'elle ne le répute criminel qu'autant qu'il devient un élément de la décision à intervenir ; qu'ainsi, lorsque la volonté qui l'a produit en prévient les résultats en temps utile, les deux caractères essentiels du crime de faux témoignage, savoir, le fait d'avoir trompé la justice et la possibilité du dommage résultant de ce fait, ont également cessé d'exister [2]. »

1799. L'élément du préjudice existe-t-il dans le sens de la loi, lorsque le tribunal devant lequel le faux témoignage a été porté se déclare incompétent pour connaître de l'affaire ? L'affirmative a été décidée, « attendu que le faux témoignage est

1. Cass., 13 fév. 1871, Bull. n. 25. — * * Comp. Cass., 15 juin 1877 ; Bull. n. 145.

2. Cass., 22 juill. 1843, Bull. n. 190.

consommé lorsqu'à l'audience d'une Cour d'assises ou d'un tribunal correctionnel, un individu, cité comme témoin et assermenté en cette qualité, a porté contre les accusés ou les prévenus, ou en leur faveur, un faux témoignage sans se rétracter avant la clôture du débat; que l'arrêt attaqué s'est fondé sur la déclaration d'incompétence du tribunal (tirée de ce que le fait avait les caractères d'un crime) pour en conclure que le faux témoignage n'avait pas été consommé, puisqu'il n'avait eu aucune influence sur le sort des prévenus ; qu'il y aurait les plus grands dangers pour la société dans cette interprétation ; que le faux témoignage peut avoir son influence sur la déclaration d'incompétence comme sur le jugement du fond : qu'ainsi il doit être réprimé et poursuivi dès que le témoin inculpé s'est refusé, jusqu'à la fin du débat contradictoire, à se rétracter ; que le témoignage était définitif, puisque c'est sous son influence que le jugement intervenu a été rendu [1]. »

1800. Si le témoin a été obligé de quitter l'audience immédiatement après la déposition, par un événement indépendant de sa volonté, par exemple, s'il s'est trouvé malade, cette circonstance, en le privant de la faculté de se rétracter, doit-elle modifier la criminalité de son action ? Il faut distinguer si, au moment de la défaillance, la déposition était achevée et formait un tout complet, ou si le témoin ne l'avait point encore finie. Dans le premier cas, le crime est consommé. Sans doute, ainsi que le fait remarquer M. Carnot [2], le témoin aurait pu rendre ultérieurement hommage à la vérité ; mais son crime existe, précisément parce qu'il a perdu la faculté de le détruire, et l'existence de cette faculté, postérieurement à la déposition, n'est nullement inhérente à la constitution du faux témoignage [3]. Dans le second cas, la question est plus difficile : « On considère comme une tentative punissable de faux témoignage, dit M. Legraverend, l'action d'un témoin

1. Cass., 11 sept. 1851, Bull. n. 376.

2. Sur l'art. 361 du Code pénal, t. 2, p. 186, n. 25.

3. Cass., 28 fév. 1811, Sir., p. 300 ; J. P.9.133; et Merlin, Rép. v° Faux témoignage, n. 12.

qui, ayant commencé à déposer contre la vérité des faits, est empêché par une défaillance de la continuer et de la terminer [1]. » Cette décision, à l'appui de laquelle ce jurisconsulte n'allègue aucun motif, nous semble sujette à de fortes objections. La Cour de cassation a jugé avec raison que les différentes parties d'une déposition forment un tout indivisible [2]. Comment donc apprécier, comment incriminer une partie d'une déposition qui n'est pas terminée? Le témoin ne pouvait-il, en l'achevant, revenir sur cette partie, l'expliquer, la modifier? Pour inculper son témoignage, il faut qu'il soit complet, il faut que sa pensée soit définitivement formulée. Peut-on voir, dans une déclaration ainsi commencée, une tentative de faux témoignage? Mais une tentative suppose un commencement d'exécution du crime; or, une déposition incomplète ne peut être considérée comme un commencement d'exécution du faux témoignage, puisque son caractère reste indéterminé, et que sa fausseté même ne peut être suffisamment appréciée.

1801. Ces réflexions nous conduisent à cette conséquence, qu'en matière de faux témoignage la tentative du crime semble échapper à toute répression. En effet, ainsi que nous venons de l'établir, la déposition complète, entière, close enfin, peut seule devenir la base d'une accusation; or la déposition n'est pas close, n'est pas définitive, tant que le témoin peut revenir sur ses déclarations, les modifier, les infirmer; et la loi tolère, dans l'intérêt de la vérité, ses tergiversations, ses réticences, ses contradictions, ses mensonges, pourvu qu'ils soient désavoués avant la clôture du débat et que les faits soient rectifiés. Quels seraient donc les éléments du commencement d'exécution du crime? Il est évident qu'ils ne pourraient se trouver que dans une déposition inachevée, ou du moins non encore rétractée, et dont les débats révéleraient subitement la fausseté; mais cette déposition, si le débat n'est pas fermé, si le témoin peut la rétracter encore, s'évanouit au moment même de la rétractation, elle ne peut dès lors être considérée

1. Lég. crim., t. 1er, chap. 2, p. 124.
2. Cass., 4 juill. 1833, S. 33. 1. 862 et n. 1798.

comme un élément de la tentative du crime, pas plus que du crime lui-même. Si, au contraire, le débat est fermé, si le témoin a perdu la faculté de se rétracter utilement, le faux témoignage se trouve consommé ; ce n'est plus la tentative, c'est le crime même qui devient l'objet de la poursuite. Ainsi, dans quelque hypothèse que l'on se place, on voit que le faux témoignage ne peut être incriminé que lorsqu'il est entier et consommé, et que la simple tentative de ce crime se trouve, par une dérogation à la règle générale, à l'abri de toute poursuite particulière.

1802. Cependant il ne faut pas perdre de vue qu'il n'est pas nécessaire à l'existence du crime que le préjudice soit causé : il suffit qu'il ait été possible, et que la déclaration fausse ait pu exercer un effet nuisible. Ainsi le faux témoin qui aura déposé contre un accusé sera puni, lors même que cet accusé aura été acquitté. Ainsi le même témoin serait également poursuivi, encore bien que l'arrêt de condamnation intervenu à la suite des débats aurait été annulé par la Cour de cassation ; car, dans ces deux hypothèses, la possibilité d'un préjudice existait, et, s'il ne s'est pas réalisé, c'est par suite d'un événement que l'agent ne pouvait prévoir. Le faux témoignage peut alors être considéré, non point comme une simple tentative, mais comme un crime manqué, dont l'effet n'a été prévenu que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ; or l'art. 2 du Code pénal confond cette action avec la tentative, et la punit de la même peine que le crime consommé dans ses effets. Au reste, le faux témoignage est consommé moralement et matériellement par la persistance du témoin dans une déclaration mensongère et préjudiciable *jusqu'à la clôture des débats*. Si, par suite de l'annulation de l'arrêt, et du renvoi du procès devant d'autres juges, de nouveaux débats sont ouverts, la rétractation du témoin à ces débats serait tardive, et n'affecterait point la criminalité de ses premières dépositions ; car, par ces dépositions, il a tenté de nuire autant qu'il pouvait le faire ; la fausseté de son témoignage a été complète, et il lui a laissé produire tous ses effets ; il ne peut donc se faire un bénéfice du hasard qui a détourné le coup qu'il avait porté. La même dé-

cision serait applicable en matière correctionnelle, dans le cas où l'affaire serait soumise, non pas aux mêmes débats continués en appel, mais à des débats nouveaux par suite d'un renvoi ordonné par la Cour de cassation.

1803. Le même principe doit s'appliquer encore dans une autre hypothèse. Aux termes des articles 330 et 331 du Code d'instruction criminelle, si, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fausse, la Cour d'assises peut ordonner le renvoi de l'affaire à la prochaine session. Or, quel est le but de ce renvoi ? c'est évidemment d'épurer les éléments de l'instruction ; c'est de vérifier les preuves, et de rejeter celles qui sont viciées et corrompues. Il est donc nécessaire que le jugement du faux témoignage précède le jugement même du procès ; et telle est aussi la décision de la Cour de cassation, qui a déclaré que, « dans le cas de prévention de faux témoignage prévu par les articles 330 et 331, les Cours d'assises pouvant ou procéder de suite au jugement de l'affaire qui se trouve actuellement soumise aux débats, ou bien la renvoyer à la prochaine session, il s'ensuit qu'il appartient à ces Cours, de régler la priorité entre le jugement de l'affaire principale et celui du faux témoignage ; que la priorité du jugement de faux témoignage est nécessairement déterminée par le renvoi de l'affaire principale à la prochaine session, puisque le sursis de cette affaire ne pouvant avoir d'autre but que de purger de tout fait mensonger les preuves relatives à l'accusation, ce but ne peut être atteint que par le jugement préalable du faux témoignage[1]. » La conséquence de cette doctrine est que le faux témoignage est réputé consommé au moment où, d'après les débats, la Cour d'assises prononce le renvoi à une autre session ; et, en effet, par cet arrêt les débats se trouvent clos ; le témoin a été mis en demeure de se rétracter ; sa persistance jusqu'au moment de cette clôture rend l'exécution du crime complète ; il a voulu que sa fausse déclaration induisît la justice en erreur ; et le renvoi à une autre session est un événement imprévu qui pa-

1. Cass., 20 mai 1813, S. 4. 333 ; J.P.11.392. — * * *Adde* Cass., 27 nov. 1873 ; Bull. n. 291.

ralyse l'effet du crime, mais ne le détruit pas. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui porte « que s'il est équitable et conforme à l'intérêt de la justice de n'apprécier une déposition que dans son ensemble, et de laisser au témoin qui a émis les dires contraires à la vérité la possibilité d'en détruire l'effet et la portée au moment où l'éveil est donné à sa conscience, soit par les interpellations du président, soit par les réquisitions du ministère public, il n'en est pas de même quand, aux termes de l'article 330 du Code d'instruction criminelle, il a été procédé à une poursuite en faux témoignage, et que l'affaire a été renvoyée à une autre session ; que, dans ce cas, d'une part il résulte de cet ajournement un préjudice qui ne peut plus être réparé ; de l'autre, on ne saurait considérer comme n'étant pas consommé, un fait dont la prévention a été soumise à un examen juridique [1]. »

A plus forte raison, lorsque le faux témoignage est poursuivi postérieurement à l'arrêt de condamnation et donne lieu à une procédure en révision, le jugement du faux témoignage doit précéder cette procédure ; et l'article 446 du Code d'instruction criminelle dispose même, dans ce cas, que les témoins condamnés pour faux témoignage ne pourront pas être entendus dans les nouveaux débats.

1804. Nous avons développé jusqu'ici les deux éléments du crime de faux témoignage : l'altération de la vérité dans une déposition faite en justice, et la possibilité d'un dommage par suite de cette altération. Mais il ne faut pas perdre de vue que, dans cette matière, de même que dans l'appréciation de tous les crimes, ces deux éléments ne constitueraient pas le crime, s'ils ne supposaient dans l'agent l'intention de tromper la justice, la volonté de nuire. Il n'y a point de crime de faux témoignage sans intention criminelle : *Testem qui deponit non dolo, sed per errorem et ignorantiam, de falso non puniri* [2]. « Il faut, dit Jousse, qu'il y ait eu dol de la part de celui

1. Cette règle se trouve implicitement consacrée dans plusieurs arrêts: Cass., 1er mess. an XIII, J. P. 4. 613 ; 19 mai 1808, *ibid.*, t. 6, p. 693 3 janv. 1811, Bull. n. 1er ; S. 2. 127 et 3. 279.

2. Farinacius, quæst. 67, num. 77.

qui a fait une fausse déposition, pour qu'il soit punissable. C'est pourquoi le témoin qui dépose faux, croyant dire la vérité, est excusable de la peine du faux [1]. » Les auteurs posaient même comme une règle de la matière que, pour établir la mauvaise foi d'un témoin, il fallait non-seulement des preuves concluantes et nécessaires, mais encore que ces preuves fussent plus parfaites que dans les autres délits : *Quod ad probandam falsitatem testis, non tantùm requiratur concludens et necessaria probatio, sed etiam strictior et magis exquisita quàm in aliis delictis* [2]. Et, en effet, un homme qui a été témoin d'un fait peut, même en altérant ses circonstances réelles, se tromper de bonne foi : que de fois on a cru voir des choses qui n'ont jamais existé ! Que souvent l'imagination, la crainte, l'émotion obscurcissent la vue ou trompent l'ouïe ! Comment nier les hallucinations de l'esprit, les égarements de la mémoire, les erreurs de nos organes ? Il est donc nécessaire, pour établir le crime, de prouver non-seulement la fausseté et le préjudice de la déposition, mais l'intention coupable de son auteur [3]. Cette intention coupable, du reste, est présumée s'il revient au témoin quelque avantage de sa déposition, s'il a reçu de l'argent, si les différentes parties de cette déposition se contredisent entre elles, si elle est fondée sur une raison évidemment fausse; par exemple, pour rapporter une espèce citée par les auteurs, si un témoin déposait avoir vu telle chose au clair de la lune, et qu'il fût prouvé que la lune ne luisait pas à ce temps-là. Dans le doute, suivant Farinacius, on doit supposer que le témoin a déposé par erreur et non par dol : *In dubio præsumitur testem falsum deposuisse potiùs per errorem et ignorantiam quàm dolo* [4]. Baïardus pense au contraire que le dol doit être

1. Jousse, t. 3, p. 433.

2. Farinacius, quæst. 67, num. 74.

3. * * Est nul, en conséquence, l'arrêt qui condamne un témoin pour faux témoignage, sans constater que sa déposition a été faite de mauvaise foi (Cass., 15 juill. 1886, Bull. n. 258).

4. Quæst. 67, num. 78.

plutôt présumé : *Testem præsumendum esse quod scienter et et non ignoranter falsum testimonium dixerit*[1].

1805. Les caractères du faux témoignage ainsi fixés, il faut examiner les modes de sa perpétration.

Il se commet, soit *en matière criminelle*, soit *en matière civile*.

En matière criminelle, il faut distinguer, pour le punir, s'il a été commis soit en matière criminelle proprement dite, soit en matière correctionnelle, soit en matière de police.

Dans ces trois hypothèses, une règle commune limite l'incrimination aux seuls cas où le faux témoignage a été porté *soit contre l'accusé ou le prévenu*, *soit en sa faveur* ; ce n'est que dans ces deux cas que les articles 361 et 362 en punissent l'auteur. Il suit de là que cette circonstance, constitutive du crime dans toutes les matières criminelles, doit être expressément déclarée par le jury, et qu'à défaut de cette déclaration, le faux témoignage ne serait plus qu'une déposition mensongère non punissable et privée du caractère du crime. Cette règle a souvent été appliquée par la jurisprudence[2]. Nous citerons un arrêt de la Cour de cassation portant « que si, aux termes de l'article 362, le faux témoignage présente la même gravité pénale, soit qu'il ait eu lieu en faveur d'un accusé, soit qu'il ait eu pour objet de lui porter préjudice, il ne s'ensuit pas, comme l'a prétendu l'arrêt incident rendu par la Cour d'assises, qu'il soit inutile d'appeler sur ce point la décision de la juridiction répressive ; que ce qui est, au contraire, essentiellement constitutif de la criminalité du faux témoignage, c'est qu'il ait porté sur des faits relatifs à la prévention au sujet de laquelle il a été émis ; que cette circonstance élémentaire ne résulte pas suffisamment de la solution affirmative d'une question qui se borne à énoncer un *faux témoignage en matière correctionnelle*, sans spécifier, comme l'a voulu la loi, la relation de cette déclaration mensongère avec

1. Ad Julium Clarum, § Falsum, num. 292.

2. Cass., 29 nov. 1816, Bull. n. 84 ; 19 fév. et 4 juill. 1823, Bull. n. 65 et 92 ; S. 7. 284 ; 10 août 1827, Bull. n. 214.

la personne du prévenu ou le fait de la prévention ; qu'en effet, un témoin, dans une instance correctionnelle, a pu en imposer à la justice sur des points étrangers à la cause, et sans influence possible sur la décision du juge ; que ce n'est point là le faux témoignage prévu par l'article précité, et dont il a mesuré la peine à la gravité de l'atteinte portée soit à l'intérêt des prévenus, soit à celui de la société; qu'ainsi la Cour d'assises, en refusant d'ajouter aux questions par elle posées ces mots, compris dans l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation, en *faveur des prévenus*, a violé l'article 362[1]. » Cette jurisprudence est confirmée par un autre arrêt qui déclare, non moins explicitement, « que cet élément est caractéristique des crimes prévus par l'article 361, et que là où il n'est point prouvé et affirmé, il n'y a, au point de vue du faux témoignage, ni crime, ni délit[2]. »

Un autre arrêt prononce la cassation d'un arrêt qui avait appliqué la peine du faux témoignage sans énoncer que ce faux témoignage avait été prêté soit pour ou contre le prévenu : « Attendu qu'il résulte de l'art. 361 que ce qui est essentiellement constitutif de la criminalité du faux témoignage, c'est qu'il ait été porté soit contre le prévenu, soit en sa faveur ; que par suite cette condition doit être affirmée par le jugement de condamnation, ou résulter d'une manière certaine de ses énonciations[3]. »

1806. Cette décision donne lieu à quelques réflexions sur le système du Code pénal. Le Code n'a établi aucune distinction entre le faux témoignage fait en faveur du prévenu et celui qui est commis à son préjudice. Au yeux du législateur, ces deux faits, dont les conséquences sont si différentes, se confondent dans le même fait; la même peine les frappe en général l'un et l'autre. Cependant le faux témoignage en faveur du prévenu n'est le plus souvent qu'un acte de faiblesse ou d'une fausse humanité. Le témoin, sollicité par des sentiments de bienveillance ou gagné par des présents, n'aperçoit pas

1. Cass., 25 fév. 1836, Journ. du dr. crim., 1836, p. 108.
2. Cass., 23 avril 1853, Bull. n. 141.
3. Cass., 23 avril 1868, Bull. n. 108.

toute la criminalité de son action, parce qu'il n'en voit pas immédiatement les funestes conséquences. Le faux témoignage qui se commet au préjudice du prévenu a un caractère tout différent ; il ne peut être que l'œuvre de la haine ou de la vengeance ; il y a une perversité profonde dans le cœur de celui qui ne craint pas de se parjurer pour vouer un innocent à l'infamie ou à l'échafaud. C'est un assassinat moral, c'est le plus lâche et le plus odieux des crimes. Ensuite le péril dont l'un et l'autre de ces faits menacent la société est loin d'être le même : le faux témoignage commis en faveur de l'accusé peut ravir un coupable à la peine qu'il a méritée ; mais il ne blesse que la société, et il ne la blesse qu'indirectement en lui enlevant l'expiation d'un crime. Le faux témoignage élevé contre l'accusé frappe à la fois et cet accusé et la société elle-même, qui ne doit punir que le crime. Cette distinction n'avait point échappé aux rédacteurs du Code pénal, et le Code lui-même défère en partie à ce sentiment, en ne prononçant la peine de mort ou celle des travaux forcés à perpétuité que dans le seul cas où la fausse déposition a été dirigée *contre* un accusé condamné à l'une de ces deux peines. Mais, à cette seule exception près, la peine, dans les deux hypothèses, ne varie pas. « En convenant, disait l'orateur du Corps législatif, que ces deux crimes ne présentent pas la même atrocité dans leurs résultats, il faut convenir aussi qu'ils tendent au même but, qu'ils induisent également la justice en erreur, et qu'ils renferment le même parjure. A l'exemple de l'Assemblée constituante, les auteurs du projet de loi ont dû se montrer également sévères dans les deux cas, pour tenir une juste balance entre l'intérêt de la société et celui des individus, et pour prévenir aussi les effets d'une trop commune tendance à sauver un accusé aux dépens de la vérité, et redresser par la crainte des châtiments cette fausse direction d'une sensibilité aussi déplacée que dangereuse. » Ces lignes renferment plusieurs inexactitudes : la loi n'impose pas aux faits une immoralité conventionnelle : elle doit consulter, pour en graduer la punition, les règles de la conscience et de la morale ; elle ne peut donc assimiler deux faits, lorsqu'elle reconnaît en même temps que ces faits ne

témoignent pas la même perversité; elle ne peut les distinguer pour l'application de certaines peines, et les confondre quand il s'agit de l'application des autres : il y a nécessairement injustice et arbitraire dans un cas ou dans l'autre. Ensuite, il est inexact de dire qu'une peine égale dans les deux cas tient la juste balance entre les intérêts de la société et ceux des individus ; car la société est également blessée dans l'une et l'autre hypothèse, et peut-être l'est-elle même davantage quand la justice, dirigée par le mensonge, frappe l'innocent, que lorsque sa main égarée laisse échapper le crime. Cette distinction a été consacrée par plusieurs législations étrangères ; l'art. 378 du Code sarde, l'art. 169 du Code du Brésil, « l'art. 154 du Code pénal allemand », en ont fait la base d'une gradation dans la pénalité.

1807. En matière civile, les caractères du faux témoignage sont en général, ainsi qu'on l'a vu, les mêmes qu'en matière criminelle. Ils diffèrent toutefois en quelques points.

En matière criminelle, l'incrimination du faux est restreinte aux seuls cas où ce témoignage porte pour ou contre l'accusé ; toutes les déclarations fausses qui n'ont pas ce double effet ne constituent aucun délit. En matière civile, toutes les dépositions mensongères, quelles qu'elles soient, sont incriminées, pourvu qu'elles puissent préjudicier à autrui. Il a été jugé dans ce sens : « qu'il suffit pour constituer le faux témoignage en matière civile, que le jugement qui le constate reconnaisse l'existence d'un préjudice présent ou éventuel, résultant de la déclaration mensongère[1]. » Devant les tribunaux criminels, le faux témoin peut revenir à la vérité jusqu'à la clôture des débats, et sa rétractation efface son crime ; en matière civile, où souvent il n'existe point de débat oral, le crime est consommé au moment même où la déposition est reçue et signée, et le témoin ne jouit d'aucun délai pour se repentir et l'effacer. Ce point a été reconnu par deux arrêts qui déclarent : « qu'en matière civile ordinaire la preuve ne se fait pas oralement : que les dépositions des témoins sont recueillies par écrit, et que les tribunaux décident d'après

1. Cass., 9 déc. 1864, Bull. n. 279.

les procès-verbaux d'enquête et de contre-enquête ; qu'il suit de là que le faux témoignage résultant de la déposition mensongère faite dans une enquête est consommé du moment où le procès-verbal est clos [1]. »

1808. Les déclarations mensongères, en matière civile, peuvent constituer, tantôt un faux en écritures publiques, tantôt un faux témoignage : il importe de ne pas confondre les caractères de ces deux crimes. Cette confusion nous paraît avoir été faite dans une espèce où un individu s'était présenté devant le juge de paix, et avait requis acte de ce qu'il déclarait, avec serment, s'être trouvé, après un combat, à l'hôpital d'Alexandrie, et y avoir vu expirer le nommé Asso, dont la femme voulait se remarier ; convaincu d'imposture, il fut condamné à six ans de fers, pour faux témoignage en matière civile ; et le pourvoi, qu'il fonda sur ce que cette déclaration n'était pas un témoignage, fut rejeté par les motifs : « que l'art. 47 (tit. 2, sect. 2) du Code de 1791 veut que le crime de faux témoignage en matière civile soit puni de six années de gêne ; qu'on ne peut mettre de restriction à la généralité de cette disposition ; qu'il n'est pas nécessaire qu'une déclaration dont les suites peuvent devenir dangereuses pour quelqu'un ou préjudiciables à l'ordre public, ait été faite dans le cours d'une instance liée ; qu'il suffit que cette déclaration mensongère ait acquis un caractère public devant un officier ayant caractère pour la recevoir, pour qu'elle doive être considérée comme un faux témoignage en matière civile, et qu'elle appelle sur son auteur la peine que la loi prononce [2]. »

Ce dernier motif est évidemment inexact. Les fausses déclarations faites devant les officiers publics compétents pour les constater, constituent le crime de faux en écritures [3], mais non point celui de faux témoignage. Ce dernier crime exige, comme un élément nécessaire, une déposition faite en justice :

1. Cass., 3 mars 1842, Bull. n. 41 ; 6 janv. 1859, Bull. n. 1. — * * Comp. Cass., 15 juill. 1886 ; Bull. n. 258.

2. Cass., 6 nov. 1806, S. 2. 1. 306.

3. V. notre t. 2, n. 714.

« Le faux témoignage, disait l'orateur du Corps législatif, ne peut avoir lieu que de la part de ceux qui sont interpellés en justice, ou en vertu de ses ordonnances : toute déclaration extrajudiciaire, si elle n'est pas conforme à la vérité, est une assertion fausse, mais n'est pas un faux témoignage. » Ce qui sans doute, dans l'espèce, a déterminé l'arrêt, c'est que la déclaration avait été faite avec serment et devant le juge de paix ; mais ces deux circonstances n'en changeaient pas le caractère ; ce n'était point un témoignage, car il n'y avait point eu instance et ordonnance de la justice pour le faire prêter, car il n'avait point été demandé et reçu dans la forme judiciaire ; il est même évident que le juge de paix était, sous tous les rapports, incompétent pour recevoir une telle déclaration, et pour lui faire produire des effets; mais cette considération aurait eu pour résultat de détruire toute espèce de crime, soit le faux témoignage, soit le faux en écritures publiques.

Dans une autre espèce, la Cour de cassation a reconnu : « que la rectification faite sur les registres de l'état civil, par suite d'un jugement qui l'a ordonnée, ne peut être assimilée à un acte reçu par l'officier de l'état civil ; qu'elle peut être modifiée ou détruite sans qu'il soit nécessaire que la partie intéressée qui de l'a pas requise, ou qui n'y a pas été appelée, emploie contre elle la voie extraordinaire de l'inscription de faux ; qu'elle n'a à son égard que la force et l'effet que la loi attribue aux jugements ; que la fausseté des dépositions qui en ont été les éléments n'a donc pas le caractère d'un faux, mais seulement celui d'un faux témoignage[1]. » Cette décision est conforme aux principes : la vérification d'un acte de l'état civil forme une instance, et les dépositions des témoins qui viennent certifier le fait rectificatif sont reçues en vertu d'une délégation de la justice ; ce sont donc de véritables témoignages, et leur fausseté doit dès lors être incriminée comme un faux témoignage.

Mais pourrait-on attacher ce caractère aux réponses que fait une partie assignée en justice, soit aux interpellations de

1. Cass., 24 nov. 1808, S. 2. 607 ; J. P. 7. 221.

son adversaire, soit à un interrogatoire sur faits et articles ? Nous avons déjà répondu, en thèse générale, négativement à cette question, et la raison est que nul ne peut porter témoignage dans sa propre cause. La Cour de cassation a formellement consacré cette décision eu matière civile [1].

1809. Après avoir examiné les caractères et les cas d'incrimination du faux témoignage, il faut parcourir les peines dont il est atteint.

La peine établie contre ce crime par les anciennes législations était en général, la peine du talion : le mal que le faux témoignage avait causé, on l'appliquait à son auteur ; la loi de Moïse exprimait énergiquement cette règle : *Animam pro animâ, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede exiges* [2]. La loi des XII Tables avait prescrit que tout faux témoin serait précipité de la roche Tarpéienne[3]. Mais cette peine ne tarda pas à se modifier ; les peines de la loi *Cornelia de falsis* furent appliquées à ce crime: *Pœna legis Corneliæ irrogatur ei qui falsas testationes faciendas, testimoniave falsa inspicienda, dolo malo coierit* [4] ; et la même loi ajoutait encore : *Si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum, pecuniam acceperit, pœnâ legis Corneliæ afficitur* [5]. Or, les peines de la loi Cornelia étaient la déportation avec la confiscation des biens, si le coupable était de condition libre, et le dernier supplice, s'il était esclave [6] ; la peine était la même, dans tous les cas, capitale, si le faux témoignage, porté en matière criminelle, avait pu entraîner cette même peine contre l'accusé : *Lege Corneliâ de sicariis tenetur... qui falsum testimonium dolo malo dixerit quo quis publico judicio rei capitalis dam-*

1. Cass., 22 pluv. an XI, Bull. n. 87.
2. Deutéronome, cap. 19, § 21.
3. Paraphrase de Jacques Godefroy. Le texte de cette loi, indiqué par Aulu-Gelle, l. 20, c. 1, n'a pas été conservé. Cic. de off. III. 31.
4. L. 1, in pr., Dig. de lege Corneliâ de falsis ; l. 16, Dig. de testibus.
5. L. 1, § 2, Dig. de lege Corneliâ de falsis.
6. L. 1, § 13, Dig. eod. tit.

naretur [1]. Postérieurement à ces lois, la répression fut laissée, dans certains cas, à l'arbitraire du juge, et la loi distingua l'action en dommages-intérêts qu'elle accorda à la partie lésée : *Si quis qui ex falso testimonio damnatus est, civiliter agere contra testem voluerit, quidquid damni fecit, ab eo recipiet* [2]; et l'action pénale que le juge devait poursuivre : *Prœtereà falsus ille testis definitam legibus pœnam substinebit* [3].

1810. En France, les peines se sont plusieurs fois modifiés : les Capitulaires de Charlemagne punissaient le faux témoin de la perte de la main : *Si quis convictus fuit perjurii, perdat manum aut redimat* [4]. Les Établissements de saint Louis ne portaient qu'une amende : « Si quelqu'un est convaincu de faux témoignage, la justice lui imposera telle amende qu'il lui plaira [5]. François Ier, jugeant ces peines impuissantes, établit pour tous les cas la peine de mort par son ordonnance de mars 1531 : « Ordonnons que tous ceux qui seront atteints et convaincus par justice avoir fait et passé faux contrats et porté faux témoignages en justice, seront punis et exécutés à mort, telle que les juges l'arbitreront, selon l'exigence des cas. » Muyart de Vouglans dit que les effets qu'a produits la rigueur de cette ordonnance parurent tellement salutaires, que l'exécution en fut ordonnée successivement par plusieurs lois rendues sur cette matière. En effet, l'édit de mars 1680, l'édit de novembre 1709 et la déclaration de 1720 vinrent tour à tour confirmer cette première ordonnance. Mais la conclusion qu'il faut tirer de ces lois successives, c'est que la peine de mort, malgré leurs prescriptions, n'était pas rigoureusement appliquée. Muyart de Vouglans l'atteste lui-même : « Suivant notre jurisprudence actuelle, dit cet auteur, on a cru moins devoir s'arrêter à la lettre qu'à l'esprit de ces lois ; et les Cours, en conséquence, ne sont plus dans l'usage de prononcer la peine de mort que dans le seul cas où le crime imputé par le faux

1. L. 1, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.
2. L. 13, au Cod. de testibus.
3. L. 13, eod. loco.
4. Capit Car. Magn., l. 2, c. 10.
5. Anciennes lois françaises, t. 2, p. 373.

témoin serait lui-même de nature à faire condamner l'accusé à cette peine, s'il en était convaincu; c'est-à-dire que nous avons retenu sur ce point la peine du talion établie par le droit romain [1]. « La jurisprudence avait établi plusieurs distinctions, d'abord entre le faux témoignage commis en matière civile et en matière criminelle ; ensuite, et en matière criminelle, entre le faux témoignage commis dans une accusation capitale ou non capitale. La peine des faux témoins, en matière civile, était laissée à l'arbitrage du juge ; il en était de même à l'égard des faux témoins dans une accusation non capitale : la peine la plus ordinaire était alors les galères ou le bannissement avec amende honorable ; la peine de mort était réservée pour les faux témoignages portés dans une accusation capitale [2].

1811. Le Code pénal de 1791 ne fit qu'enregistrer les distinctions de cette jurisprudence : les art. 47 et 48 de la 2e section de son titre 2 portaient : « Quiconque sera convaincu du crime de faux témoignage en matière civile, sera puni de la peine de de six ans de gêne. Quiconque sera convaincu du crime de faux témoignage dans un procès criminel, sera puni de la peine de vingt années de fer, et de la peine de mort s'il est intervenu condamnation à mort contre l'accusé dans le procès duquel aura été entendu le faux témoin. » Cette dernière disposition, qui n'atteignait le faux témoin qu'en cas d'une condamnation capitale prononcée, fut modifiée par la loi du 5 pluviôse an II, ainsi conçue : « Art. 1er. La peine de mort prononcée par l'article 48 de la section 2 du titre 2 de la deuxième partie du Code pénal, contre les faux témoins entendus sur des accusations capitales, aura lieu, quoique les accusés à la charge desquels ils auront déposé aient été acquittés. — Art. 2. Les faux témoins qui auront déposé à décharge, soit que les accusés de crimes même capitaux aient été acquittés ou condamnés, seront punis de vingt années de fers. » Il est à re-

1. Lois crim., p. 264.

2. Jousse, t. 3, p. 418; Papon, liv. 22, tit. 13, num. 1er; Leprêtre, cent. 1, chap. 56; Farinacius, quæst. 67, num. 20; Julius Clarus, § Falsum, n. 4, et Damhouderius, p. 385, cap. 121, n. 3.

marquer que toutes ces dispositions laissaient une lacune en ce qui concerne le faux témoignage porté en matière de police et de police correctionnelle ; la jurisprudence appliqua la peine relative aux matières civiles [1].

1812. Les peines portées par notre Code contre le faux témoignage ont été modifiées. Le Code de 1810 portait la peine des travaux forcés à temps contre le faux témoignage en matière criminelle, et la peine de la réclusion contre le faux témoignage en matière correctionnelle, civile et de police. La loi du 28 avril 1832 substitua à cette peine en matière de police la peine de la dégradation civique avec un emprisonnement d'un an à cinq ans. La loi du 13 mai 1863 a apporté à ces pénalités d'autres modifications.

Voici le texte des cinq articles rectifiés :

Art. 361. Quiconque sera coupable de faux témoignage en matière criminelle, soit contre l'accusé, soit en sa faveur, sera puni de la peine de *la réclusion*. — Si, néanmoins, l'accusé a été condamné à une peine plus forte que celle de *la réclusion*, le faux témoin qui a déposé contre lui subira la même peine.

Art. 362. Quiconque sera coupable de faux témoignage en matière correctionnelle, soit contre le prévenu, soit en sa faveur, sera puni *d'un emprisonnement de deux ans au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs à deux mille francs. — Si, néanmoins, le prévenu a été condamné à plus de cinq années d'emprisonnement, le faux témoin qui a déposé contre lui subira la même peine.* — Quiconque sera coupable de faux témoignage en matière de police, soit contre le prévenu, soit en sa faveur, sera puni d'*un emprisonnement d'un an au moins et de trois ans au plus, et d'une amende de seize francs à cinq cents francs. — Dans ces deux cas, les coupables pourront, en outre, être privés des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine, et être placés sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années* (aujourd'hui l'interdiction de résidence, l. 27 mai 1885, art. 19).

Art. 363. Le coupable de faux témoignage en matière civile sera puni d'*un emprisonnement de deux à cinq ans, et d'une amende de cinquante francs à deux mille francs. Il pourra l'être aussi des peines accessoires mentionnées dans l'article précédent.*

Art. 364. *Le faux témoin, en matière criminelle, qui aura reçu de l'ar-*

1. Cass., 14 niv., an XIII, S. 2, 51 ; J. P. 4. 323.

gent, une récompense quelconque ou des promesses, sera puni des travaux forcés à temps, sans préjudice de l'application du deuxième paragraphe de l'art. 361. — Le faux témoin, en matière correctionnelle ou civile, qui aura reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses, sera puni de *la réclusion*. — Le faux témoin, en matière de police, qui aura reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses, sera puni d'*un emprisonnement de deux à cinq ans, et d'une amende de cinquante francs à deux mille francs. — Il pourra l'être aussi des peines accessoires mentionnées en l'art.* 362. — *Dans tous les cas, ce que le faux témoin aura reçu sera confisqué.*

Art. 366. Celui à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, sera puni d'*un emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cent francs à trois mille francs. — Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'art.* 42 *du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être placé sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années* (aujourd'hui l'interdiction de résidence) [1].

1813. Le rapport explique dans les termes suivants les motifs qui ont porté la commission à faire les modifications qu'on vient de lire, modifications qui n'avaient pas été proposées par le projet de loi :

Le faux témoignage est qualifié crime par la loi, et la peine varie depuis celle des travaux forcés à temps jusqu'à celle de la dégradation civique. — Le faux témoignage contre l'accusé ou contre le prévenu est placé sur la même ligne et puni de la même peine que le faux témoi-

1. * * Le Code pénal allemand (art. 153 et 154) prononce d'une manière générale contre le faux serment et le faux témoignage la peine de la réclusion pendant dix ans au plus. Si le faux témoignage a été porté *contre* un prévenu, et que celui-ci ait été condamné à une peine excédant 5 ans, le minimum de la réclusion est fixé à trois ans (art. 154). La peine est réduite : 1° lorsque la déclaration de la vérité pouvait entraîner contre le déposant une poursuite pour crime ou délit ; 2° lorsque le déposant a fait une fausse déclaration en faveur d'une personne à l'égard de laquelle il était en droit de refuser sa déposition, et qu'il n'a pas été averti de ce droit (art. 157). La même réduction a lieu lorsque le faux témoin a rétracté sa déposition devant l'autorité qui l'avait reçue, avant qu'elle ait été suivie d'une dénonciation ou d'un commencement d'information contre lui, et avant qu'il en soit résulté un préjudice pour autrui (art. 158). L'art. 163 punit d'un emprisonnement d'une année au plus les mêmes faits commis par négligence ou imprudence.

gnage en sa faveur ; seulement si l'accusé a été condamné à une peine plus forte que celle des travaux forcés à temps, le faux témoin qui a déposé contre lui doit subir la même peine. D'ailleurs, tous les faux témoignages indistinctement sont punis plus sévèrement lorsqu'ils ont été déterminés par des dons que le faux témoin aurait reçus ou par des promesses qui lui auraient été faites. — Sans nier la gravité du faux témoignage en lui-même, puisqu'il a toujours pour but de tromper la justice, et qu'il peut avoir pour résultat de faire acquitter un coupable et même de faire condamner un innocent, il est impossible de ne pas tenir compte de ce fait, que, dans la plupart des cas, le jury refuse de le considérer comme un crime. La statistique des cinq dernières années nous enseigne que, sur cent faux témoins poursuivis devant la Cour d'assises, cinquante-six ont été acquittés, quarante et un ont été condamnés à des peines correctionnelles, et trois seulement ont été condamnés à des peines criminelles. Nous avons vu là un enseignement qu'il n'était pas permis de négliger, et nous avons voulu faire par la loi ce qui était déjà fait par les mœurs, en apportant quelque adoucissement à l'excessive sévérité de la peine. — Cette résolution étant admise en principe, la nature même des choses nous a suggéré une première distinction. Déjà, dans l'économie de la loi, les faux témoignages sont rangés dans des classes différentes, selon la juridiction devant laquelle ils sont commis. Il est rationnel d'en attribuer la connaissance aux Cours d'assises ou aux tribunaux, selon que le fait se sera produit en matière criminelle ou en matière correctionnelle. On y trouvera cet avantage que le crime ou le délit de faux témoignage sera déféré aux juges devant lesquels il aura été commis, c'est-à-dire à ceux qui sont le plus aptes à le bien connaître et à le bien juger. — Quant aux faux témoignages en matière de simple police ou en matière civile, il est permis de penser que le juge correctionnel aura des connaissances et des habitudes d'investigation que le jury ne saurait posséder au même degré. Par cette considération, nous avons proposé d'établir dans les faux témoignages les catégories suivantes : — En matière criminelle, le faux témoignage restera crime, et il sera puni de la réclusion avec cette éventualité, que, s'il a amené la condamnation de l'accusé à une peine plus forte que celle de la réclusion, le faux témoin subira la même peine. — En matière correctionnelle et en matière civile, le faux témoignage ne sera qu'un délit, et la peine de la réclusion sera remplacée par celle d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 50 fr. à 2,000 fr., avec faculté pour les tribunaux de priver le condamné des droits mentionnés à l'art. 42, et de le placer sous la surveillance de la police. — Nous répétons, en ce cas, la disposition qui veut que, si le faux témoignage a amené contre le prévenu une condamnation plus forte que celle qu'encourt le faux témoin, celui-ci subisse la même peine. — En matière de simple police, la peine de la dégradation civique sera remplacée par celle d'un emprisonnement de un an à trois ans et d'une amende de 16 fr. à 500 fr. — En matière de faux serment, la peine de la dégradation civique sera remplacée par celle d'un empri-

sonnement de un an à cinq ans et d'une amende de 100 fr. à 3,000 fr., avec l'éventualité des peines accessoires de la privation de droits et de la surveillance. — Il nous restait à régler les cas où le faux témoignage a été déterminé par des dons ou par des promesses. — L'article 364 n'augmente la peine que pour les faux témoignages en matière correctionnelle, civile ou de simple police ; il ne l'élève pas pour le faux témoignage en matière criminelle, sans doute parce que celle des travaux à temps, qui était prononcée par l'art. 361, avait paru suffisante, et parce que la peine immédiatement supérieure, c'est-à-dire celle des travaux forcés à perpétuité, aurait été trop forte. Aujourd'hui que nous remplaçons dans l'art. 361 les travaux forcés par la réclusion, il nous est plus facile d'élever la peine du faux témoignage dans tous les cas où il se complique de la circonstance aggravante de dons et promesses. Nous proposons celle des travaux forcés pour le faux témoignage en matière criminelle, celle de la réclusion pour le faux témoignage en matière correctionnelle et civile, et enfin celle d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 50 fr. à 2,000 fr. pour le faux témoignage en matière de simple police. On remarquera qu'à l'exception des matières de simple police, toutes les fois que le faux témoignage est acheté par des dons ou par des promesses, il garde la qualification de crime et demeure dans les attributions du jury. Cette dérogation à notre nouvelle règle était commandée par la criminalité exceptionnelle du fait, et elle donnera peut-être une satisfaction suffisante à ceux qui pourraient répugner encore au déclassement que nous avons proposé. »

1814. Ces propositions de la commission ont été adoptées soit par le Conseil d'État, soit par le Corps législatif, sans aucune contradiction. C'était cependant une chose sérieuse et qui méritait peut-être une délibération approfondie, que de transférer à la juridiction correctionnelle, en les qualifiant simples délits, des infractions aussi graves que le faux témoignage en matière correctionnelle, civile et de police, et le faux serment en matière civile. Le nombre des acquittements, dont on a fait un argument, tient ici, non à la juridiction, mais à la matière elle-même, qui recèle toutes sortes de doutes et dans laquelle la criminalité la plus apparente s'efface devant les explications de l'inculpé. Que si l'on voulait toucher aux articles du Code sur cette matière, il était une innovation bien simple que nous avions proposée (Voy. n° 1806) et qui, en tenant compte d'un degré de la criminalité, eût sans doute prévenu plus d'un acquittement : c'était de distinguer si le faux témoignage a été fait en faveur du prévenu ou

contre lui. La loi a confondu dans une même pénalité deux infractions qui, ainsi que nous l'avons établi, ne menacent pas l'ordre du même péril. Plusieurs lois pénales étrangères que nous avons citées consacrent cette distinction. L'art. 365 du nouveau Code italien porte : « Le coupable de faux témoignage est puni comme suit : 1° Si la déposition en matière criminelle a eu lieu à la charge de l'accusé, il sera passible de la peine des travaux forcés à temps ; 2° Si la déposition a eu lieu à la décharge de l'accusé, il sera passible de la peine de la réclusion. » Au reste, il y a lieu de remarquer que la loi, faisant exception ici à la règle que l'exposé des motifs avait posée, n'a point incriminé la simple tentative des faits de faux témoignage qu'elle a transformés en délits. Le législateur sanctionne implicitement par là la doctrine que nous avions émise sur la tentative de ce crime (Voy. n° 1801).

1715. Que faut-il, en premier lieu, entendre par ces mots de l'art. 361 : *en matière criminelle?* Est-ce le titre de la poursuite, est-ce la nature de la peine prononcée qui doit déterminer si la matière est correctionnelle ou criminelle ? Il a été décidé que c'est le titre originaire de la poursuite qui sert de règle à cet égard. L'arrêt qui a posé ce principe porte : « qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que le faux témoignage incriminé a été commis dans les débats ouverts devant le tribunal de Constantine jugeant en matière criminelle sur l'accusation portée devant lui du crime prévu et puni par l'art. 309 du Code pénal ; que dès lors ce faux témoignage a été rendu en matière criminelle et doit être puni des peines édictées par l'art. 361 ; qu'il importe peu que les débats aient eu pour résultat la condamnation des accusés à une peine purement correctionnelle, par suite de l'élimination des circonstances aggravantes qui a réduit les faits à la condition de simple délit correctionnel ; qu'à cet égard ce n'est point le résultat des débats et la décision judiciaire qui les résume qui peuvent caractériser la nature et les effets du faux témoignage ; que ce témoignage, sous ce rapport, ne peut être apprécié que par le titre même de l'accusation ;

que ce titre fixe, en effet, péremptoirement et souverainement la nature des débats, et réagit ainsi sur le témoignage lui-même qui ne peut être d'une autre nature que celle imprimée aux débats devant lesquels et à l'occasion desquels il a été rendu [1]. » On peut invoquer encore à l'appui de cette décision les art. 330 et 331 du Code d'instruction criminelle, et la jurisprudence ci-dessus rappelée (*voy.* n° 1803), qui répute le témoignage consommé en cas de renvoi à une autre session.

1816. Ces peines se modifient par le concours de deux circonstances aggravantes, l'une spéciale aux matières criminelles, l'autre aux matières civile, correctionnelle et de police.

Le deuxième paragraphe de l'art. 361 porte : « Si néanmoins l'accusé a été condamné à une peine plus forte que celle de la réclusion, le faux témoin qui a déposé contre lui subira la même peine. » C'est la peine du talion, que nous avons vue successivement appliquée au faux témoignage par la loi romaine, l'ancienne jurisprudence et le Code de 1791. Le faux témoin n'est toutefois passible de la peine capitale ou d'une peine perpétuelle que lorsqu'il a déposé *contre l'accusé*, et lorsque l'accusé a été condamné, à la suite de son témoignage, à l'une de ces deux peines : le Code n'a point admis la disposition de la loi du 5 pluviôse an II. Un jugement d'un conseil de guerre qui avait appliqué la peine de mort à raison d'un faux témoignage porté *en faveur* d'un accusé condamné lui-même à mort, a été cassé, en vertu de l'art. 441 du Code d'instruction criminelle, par un arrêt portant : « qu'en droit, la peine du faux témoignage en matière criminelle est celle des travaux forcés à temps (aujourd'hui de la réclusion), et que cette peine ne peut être aggravée qu'autant que le faux témoignage a été porté *contre* un accusé qui lui-même aurait été condamné à une peine plus forte [2]. »

1817. La deuxième circonstance aggravante est puisée

1. Cass., 25 août 1851, Bull. n. 267.
2. Cass., 13 fév. 1851, Bull. n. 61.

dans les causes qui ont provoqué le faux témoignage. Le Code ne recherchait point si le faux témoin en matière criminelle avait été corrompu par argent : « C'est un crime extrêmement grave, quel qu'en ait été le motif, a dit l'orateur du gouvernement, que de faire perdre à un innocent l'honneur et la liberté, quelquefois même la vie, ou de faire rentrer dans la société un coupable qui, enhardi par l'impunité même, commettra bientôt de nouveaux forfaits : ainsi, en matière criminelle, la loi n'a nul égard aux ressorts qui ont pu faire mouvoir le faux témoin. » Cette doctrine n'a point été admise par la loi du 13 mai 1863 : l'art. 364 substitue la peine des travaux forcés à temps à celle de la réclusion, « si le faux témoin, en matière criminelle, a reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses ».

Cette cause d'aggravation s'appliquait déjà à toutes les autres matières. Ainsi le faux témoignage en matière correctionnelle et en matière civile est assimilé au témoignage en matière criminelle et puni de la même peine, lorsque le témoin *a reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses*; le crime s'aggrave, non plus pour le préjudice qu'il peut causer, mais à raison des motifs qui dirigent l'agent. Il faut entendre par *récompense quelconque*, non-seulement les présents qui ont pu être offerts au témoin, mais les services mêmes qu'il a reçus en vue et à raison de sa déposition; et par *promesses reçues*, les promesses qu'il a agréées dans le même but : les promesses même verbales pourraient constituer l'aggravation, dès qu'elles auraient été agréées.

Le Code pénal de 1810 avait confondu dans la même disposition le faux témoignage en matière de police, lorsqu'il avait été également provoqué par de l'argent, des récompenses ou des promesses. La distinction introduite par la loi du 28 avril 1832 dans l'art. 363 entraînait une distinction semblable dans l'art. 364 : aujourd'hui, la peine, à l'égard du prévenu de faux témoignage en matière de police, est un emprisonnement d'un an à trois ans et une amende de 16 francs à 500 francs qui s'aggravent en un emprisonnement de deux ans à

cinq ans et en une amende de 50 francs à 2,000 francs, si le faux témoin a reçu de l'argent, une récompense quelconque ou des promesses.

L'article ajoute que, « dans tous les cas, ce que le faux témoin aura reçu sera confisqué. » Cette disposition s'applique aux trois paragraphes de l'art. 364.

1818. Quelques arrêts de condamnation avaient ajouté la peine de l'amende portée par l'art. 164, sous le prétexte que cette amende s'applique à tous les crimes de faux, et que le faux témoignage rentre dans cette classe de crimes. Cette interprétation, un peu extensive, a été réprimée par un arrêt qui porte : « que l'art. 164 est inapplicable à la matière du faux témoignage ; que si l'admission des circonstances atténuantes a donné lieu dans l'espèce d'invoquer l'art. 401, qui permet l'application d'une amende, cette disposition, qui n'est que facultative à l'égard de l'amende, ne saurait justifier la condamnation à l'amende lorsqu'elle a été prononcée en vertu d'une disposition qui la rend obligatoire [1]. »

§ II. — *De la subornation de témoins.*

1819. A la matière du faux témoignage succède naturellement celle de la *subornation* des témoins. La subornation, en effet, n'est qu'un acte de complicité du faux témoignage.

Cette règle était clairement posée par Julius Clarus : les suborneurs, dit-il, sont les complices du crime, *sunt socii criminis et perjurii* [2] ; en conséquence, ils étaient punis de la même peine que les faux témoins [3]. Toutefois Muyart de Vouglans fait remarquer que le suborneur se rend doublement criminel, tant par le faux qu'il commet que par celui qu'il fait commettre au témoin, et que d'ailleurs il y

1. Cass., 19 juin 1857, Bull. n. 232.
2. § Falsum, n. 3.
3. Jousse, t. 3, p. 427; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 265; Farinacius, quæst. 67, num. 257.

a toujours de sa part du dol et de la malignité, au lieu que le témoin ne se laisse suborner le plus souvent que par des vues d'intérêt excitées par le besoin et l'indigence, ou bien par l'effet de la jeunesse et de la simplicité ou même de la crainte [1]. »

Le Code de 1791 avait gardé le silence sur la provocation. Le projet du Code de 1810 proposait, pour remplir cette lacune, une disposition ainsi conçue : « La subornation de témoins sera punie de la même peine que le faux témoignage.» Dans la discussion du Conseil d'État, M. de Cessac émit l'avis que la subornation devait être punie plus sévèrement que le faux témoignage : « Ce crime, dit-il, en renferme deux ; car le suborneur séduit le témoin et perd l'accusé ; il faudrait donc lui infliger un degré de peine au-dessus de celle que subit le faux témoin [2]. » Le conseil, adoptant cette opinion, décida en principe que la peine de la subornation serait d'un degré de plus que celle du faux témoignage. « Cette subornation, a dit M. Faure dans son exposé des motifs, est une espèce de provocation si dangereuse, qu'on a pensé que le coupable devait être puni plus sévèrement que la personne provoquée. » L'orateur du Corps législatif ajoutait : « Cette aggravation est motivée sur le rôle même du suborneur qui est plus qu'un complice ordinaire, puisque c'est pour son intérêt seul que le crime est ourdi et consommé ; dans sa main, le faux témoin n'est qu'un instrument docile et corrompu. » En conséquence, et d'après les termes de l'ancien article 365, le coupable de subornation de témoins était condamné à la peine des travaux forcés à temps, si le faux témoignage qui en avait été l'objet emportait la peine de la réclusion ; aux travaux forcés à perpétuité, lorsque le faux témoignage emportait la peine des travaux forcés à temps ou celle de la déportation ; et à la peine de mort, lorsqu'il emportait celle des travaux forcés à perpétuité ou la peine capitale.

1820. La loi du 28 avril 1832 a supprimé cette aggravation.

1. Lois crim , p. 265, § 3.
2. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 19 nov. 1808.

Cette suppression rencontra quelque résistance dans le sein de la Chambre des pairs. La commission avait proposé de maintenir le système du Code pénal; M. Renouard, commissaire du gouvernement, combattit cette proposition : « Le système présenté par le gouvernement, dit-il, avait pour objet de faire considérer le suborneur comme complice du faux témoin. La commission a considéré, au contraire, que dans tous les cas le suborneur était beaucoup plus coupable que le faux témoin. Cependant il ne serait pas difficile de supposer des cas où le faux témoin serait plus coupable que le suborneur. Un père, par exemple, pour sauver son fils, peut se rendre coupable du crime de subornation de témoins. Eh bien ! ne peut-on pas dire que la position de ce père, entraîné à un crime par sa tendresse pour son fils, mérite plus d'indulgence que celle du faux témoin qui aura cédé pour de l'argent ? Cet exemple suffit pour prouver qu'il ne faut pas établir en principe que le faux témoin est toujours moins coupable que le suborneur. » D'après ces observations, l'article fut renvoyé à la commission, qui présenta un nouveau rapport ainsi conçu : « Le système du Code pénal, que la commission avait cru devoir adopter, était de punir le suborneur de témoins d'une peine supérieure à celle qui était appliquée au faux témoin. Le projet du gouvernement, au contraire, est de punir le suborneur de témoin de la même peine que le faux témoin. Après avoir examiné cette question avec attention, votre commission est revenue à l'avis du gouvernement qui considère le suborneur du témoins comme un complice. Or, dans le système du Code pénal, le crime de complicité étant toujours puni comme le crime même, il n'a pas paru à votre commission qu'il fût nécessaire de déroger à ce principe, et elle a pensé qu'il valait mieux au contraire y rentrer[1]. » En conséquence, l'article 365 est ainsi conçu : « Le coupable de subornation de témoins sera passible *des mêmes peines que le faux témoin*, selon

1. Moniteur du 24 mars 1832 ; Code pénal progressif, P. 301.

les distinctions contenues dans les articles 361, 362, 363 et 364 [1]. »

1821. La loi est ainsi revenue au véritable principe de la matière : la subornation et le faux témoignage sont deux actes qui concourent à un même but, mais avec un caractère distinct : la subornation n'est qu'un acte de provocation, par dons ou promesses, à commettre le crime de faux témoignage ; elle constitue donc un acte de complicité de ce crime : le principal auteur est le faux témoin, le suborneur en est le complice.

Cette doctrine a été souvent consacrée par la jurisprudence ; de nombreux arrêts ont déclaré : « que la subornation de témoins n'est qu'un mode de complicité du faux témoignage [2]. » Mais il s'agit ici d'une complicité spéciale, qui s'accomplit par des actes qui n'ont pas été déterminés avec précision par la loi : l'article 365, en effet, n'a pas défini la subornation et n'a point énoncé qu'elle ne se constituerait que par les actes prévus par l'article 60 ; de là il suit que, si elle comprend nécessairement dans la généralité de son expression les différents modes de complicité énoncés dans cet article, elle n'est point restreinte à ces modes, elle peut résulter de faits autres que ceux-là et qui suffisent pour la constituer, quoiqu'ils ne soient pas les éléments suffisants de la complicité générique. Cette distinction, un peu subtile peut-être, mais maintenue avec soin par la jurisprudence, est ainsi qu'on le verra plus loin, une des difficultés de cette matière [3].

1822. Ce principe donne lieu à plusieurs conséquences.

1. ** Les art. 159 et 160 du Code pénal allemand punissent la subornation de témoins de peines moindres que le faux témoignage : soit de la réclusion avec cinq ans comme maximum, soit de l'emprisonnement. L'art. 160 punit même ceux qui, à l'aide de manœuvres ou de mensonges, induisent un tiers à prêter *de bonne foi* un faux serment.

2. Cass., 11 oct. 1839, Bull. n. 328 ; 21 juill. 1841, Bull. n. 225 ; 4 août 1843, Bull. n. 197 ; 29 août 1844, Bull. n. 302 ; 16 janv. 1845, Bull. n. 13 ; 5 fév. et 27 juin 1846, Bull. n. 36 et 167 ; 26 avril 1851, Bull. n. 158, etc.

3. Cass., 19 juin 1857, Bull. n. 232.

Il en résulte, en premier lieu, que la subornation ne peut être incriminée que lorsque les témoins subornés ont déposé contre la vérité. En effet, pour que le complice d'un crime puisse être puni, il faut que le crime lui-même ait été commis : or un crime n'est réputé commis qu'autant qu'il est consommé, ou du moins tenté par un fait matériel qui en a commencé l'exécution ; il ne peut donc exister de faux témoignage que lorsque le faux témoin a fait sa déposition ; et dès lors, tant qu'il n'a pas déposé, il ne peut exister de complice de son faux témoignage.

Cette conséquence du principe que la subornation n'est qu'un acte de complicité, a été souvent consacrée par la Cour de cassation. C'est ainsi qu'elle déclare par un de ses arrêts : « que le fait de subornation de témoins, considéré isolément, ne constitue point un crime ; qu'il forme seulement un moyen de complicité (par provocation) du crime de faux témoignage ; que la subornation de témoins ne peut donc être punissable qu'autant qu'elle se rattache à un faux témoignage réellement commis, ou à une tentative criminelle de faux témoignage[1]. » La même Cour avait déjà jugé sous le Code de 1791, qui avait gardé le silence sur la subornation, « que le fait de subornation de témoins, considéré principalement et isolément, n'est qualifié crime par aucune loi ; qu'il ne peut être poursuivi et puni que lorsque, se rattachant à un fait criminel par sa nature, il peut en être réputé un acte de complicité ; mais que la complicité ne peut exister qu'avec un délit commis ou tenté ; que, dans l'espèce, le jury ayant déclaré qu'il n'y avait pas eu de faux témoignage, la subornation de témoins, qui n'eût été que la provocation à ce faux témoignage, ne pouvait avoir le caractère de la complicité ; qu'elle ne pouvait pas non plus être considérée comme une tentative de faux témoignage, puisque la subornation de témoins et le faux témoignage ne

1. Cass., 18 fév. 1813, Bull. n. 27; S.4.287. — ** Cet arrêt parle de « tentative criminelle de faux témoignage », et l'on a vu (n. 1801) qu'il n'y a pas de tentative punissable en pareille matière. — V. aussi Cass., 11 mars 1882; Bull. n. 72; — 19 février 1886; Bull. n. 65.

peuvent jamais constituer le même fait et concourir dans la même personne[1]. »

L'ancien art. 365, qui punissait le suborneur d'une peine plus grave que le faux témoin, n'était nullement contraire à cette doctrine, et la Cour de cassation répondait à cette objection en déclarant : « que cet art. 365 n'a pas fait de la subornation un crime principal, qu'il a seulement voulu modifier l'art. 59, qui punit le complice de la peine prononcée par la loi contre l'auteur du crime, en prononçant contre le complice du faux témoignage par subornation une peine plus grave que celle qui avait été fixée par les articles précédents contre le faux témoignage[2]. »

1823. Mais est-il nécessaire, pour l'existence du crime de subornation, que le faux témoignage ait été constaté par la condamnation même du faux témoin ? La jurisprudence de la Cour de cassation a varié sur cette question ; elle avait décidé, par de nombreux arrêts, que la subornation n'était punissable qu'autant que les faux témoins avaient été déclarés coupables. Ainsi elle déclarait, dans l'un de ces arrêts : « que la subornation de témoins n'est qu'un fait de complicité par provocation du crime de faux témoignage, et qu'il s'ensuit que là où il n'y a pas crime de faux témoignage, il ne peut se rencontrer crime de subornation de témoin ; que la provocation exercée envers des individus pour faire un faux témoignage, lorsqu'elle n'a été suivie d'aucune exécution ni d'aucun commencement d'exécution criminelle, est un acte immoral, mais qui n'est passible légalement d'aucune peine ; que, dans l'espèce, les individus accusés de faux témoignage ont été déclarés non coupables par le jury, et par suite acquittés ; qu'en conséquence, la déclaration affirmative du jury sur la question de subornation de ces témoins ne pouvait servir de base à l'application d'aucune peine, puisqu'il n'y avait pas de crime reconnu constant[3]. »

1. Cass., 23 vend. an VIII, et 9 mars 1809, Bull. n. 53 ; S. 1.257 et 3. 31.

2. Cass., 4 déc. 1812, Bull. n. 259 ; S.4.240.

3. Cass., 8 juill. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 350.

La même Cour répétait encore dans un autre arrêt : « que l'application des dispositions par lesquelles l'art. 365 prononce des peines contre la subornation, est subordonnée à l'existence du faux témoignage qui a été l'objet de la subornation, et que là où il n'y a pas crime de faux témoignage, il ne peut se rencontrer le crime de subornation de témoins ; que, dans l'espèce, les accusés de faux témoigage avaient été précédemment déclarés non coupables par le jury, et que dès lors la décision par laquelle le demandeur a été déclaré coupable d'avoir suborné lesdits témoins, ne pouvait servir de base légale à l'application de l'art. 365 [1]. »

Mais il a été reconnu depuis que l'acquittement du faux témoin ne doit pas nécessairement effacer le crime du suborneur. L'arrêt qui consacre ce changement d'une longue jurisprudence porte seulement : « que si l'art. 365 statue que le coupable de subornation de témoins sera passible des mêmes peines que le faux témoin, il ne s'ensuit pas que le suborneur de témoins ne sera puni qu'autant que le témoin suborné sera puni, et de la même peine appliquée à ce témoin suborné ; qu'il suit seulement dudit article que la nature de la peine appliquée variera, quant à sa gravité, suivant les distinctions des cas où la peine du témoin suborné ne peut être augmentée ou diminuée [2]. » Un autre arrêt ajoute « que l'acquittement des accusés de faux témoignage ne fait point obstacle à la condamnation du suborneur ; que, dans toute espèce de crime, il faut distinguer le fait matériel de sa moralité ; que le faux témoignage peut avoir été porté, et que son auteur ne soit pas coupable à défaut d'intention criminelle [3]. »

1824. Cette dernière solution nous paraît plus conforme au principe de cette matière. On a vu, en effet, au chapitre de la complicité [4], que l'acquittement de l'auteur principal, lors-

1. Cass., 20 juill. 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 368, 14 sept. 1826, S.27.1.297; 30 sept. 1826, Bull. n. 193; 16 nov. 1821, Bull. n. 180, S.6. 517.

2. Cass., 22 août 1834, S.35.1.34.

3. Cass., 2 juill. 1857, Bull. n. 249.

4. V. notre tome 1er, n. 300.

qu'il est motivé sur sa bonne foi et sur son ignorance, ne fait point obstacle à la condamnation du complice, et que cet obstacle ne s'élèverait que dans le seul cas où l'acquittement serait fondé sur l'absence du fait matériel du crime. Or, lorsque le jury déclare le faux témoin non coupable, il ne dit pas nécessairement qu'il n'y a pas eu une fausse déposition faite, il reconnaît seulement que, d'après les circonstances de la cause, le faux témoin ne doit pas être puni. Cette déclaration ne rend donc pas impossible la condamnation du suborneur. Opposerait-on une corrélation, un lien nécessaire entre l'existence du crime de faux témoignage et le faux témoin lui-même ? Cette supposition ne serait pas exacte : il n'y a pas de faux témoin, parce que celui qui a fait la fausse déposition était en démence ou dans un état d'idiotisme, parce qu'il n'a pas agi méchamment et avec intention de nuire ; mais il y a faux témoignage, parce que le fait qu'il a certifié était matériellement faux. Le faux témoin n'est qu'un instrument entre les mains du suborneur ; c'est celui-ci qui conçoit et prémédite le crime que l'autre ne fait souvent qu'exécuter aveuglément. Sans doute cette exécution est nécessaire pour l'existence du crime, mais la culpabilité du suborneur ne peut être subordonnée à la culpabilité de témoin ; celui-ci peut avoir agi avec bonne foi, tandis que l'autre le provoquait avec la connaissance du crime. Et si ces deux culpabilités étaient nécessairement liées l'une à l'autre, le suborneur échapperait le plus souvent à la peine ; car le faux témoin, qui ne dépose ordinairement que sous l'impression des menaces ou d'une fausse pitié, paraît plus faible que coupable au jury qui l'acquitte, en réservant toute sa sévérité au suborneur ; or, cette distribution d'une sage répression deviendrait impossible dans le système contraire ; l'acquittement du témoin aurait pour conséquence inévitable celui du suborneur ; et quel motif d'une telle exception à la règle de la complicité ? Peut-on croire que la loi ait voulu laisser la société désarmée contre l'un des désordres les plus capables de la troubler ?

1825. Toutefois, on ne doit pas perdre de vue que le fait matériel d'un faux témoignage, ou du moins d'une déposition

mensongère à l'audience, est indispensable pour l'existence du crime de subornation; car, si la culpabilité du témoin s'évanouit à raison de sa bonne foi, le faux témoignage est le crime principal dont la subornation n'est qu'un acte de complicité; il faut donc que le fait matériel de ce crime soit constaté par la déclaration du jury, il faut qu'il soit constaté avec toutes les circonstances qui lui impriment un caractère criminel. Ainsi il ne suffit pas que le jury déclare l'accusé de faux témoignage non coupable; cette déclaration n'est pas exclusive du faux témoignage lui-même, mais elle ne l'établit pas : il ne suffit pas non plus que le fait d'une déposition mensongère soit déclaré constant, car cette déposition ne constitue pas nécessairement un faux témoignage ; il faut qu'il soit reconnu qu'elle a été faite à l'audience et qu'elle était préjudiciable : en un mot, le jury doit déclarer constant le crime dont le suborneur s'est rendu le complice. La Cour de cassation a pleinement reconnu ce point par un arrêt portant : « que si l'acquittement du témoin suborné, dont la cause peut être dans le défaut d'intention criminelle de la part de ce témoin, ne fait pas nécessairement obstacle à la condamnation du suborneur, il faut au moins, pour que cette condamnation puisse être régulièrement prononcée que le jury déclare constant le fait d'une déposition mensongère faite à l'audience contre l'accusé ou le prévenu, ou en sa faveur; que, dans l'espèce, l'existence du faux témoignage n'est constatée ni par la première partie de la déclaration du jury qui est simplement négative du crime de faux témoignage imputé au témoin, ni par la seconde partie qui est simplement affirmative du fait de subornation, sans que la question à laquelle elle se rapporte énumère les circonstances constitutives du faux témoignage ; que cependant la Cour d'assises, au lieu de prononcer l'absolution de l'accusé, a prononcé contre lui les peines déterminées par les art. 361 et 365; que par là elle a violé ces articles [1]. »

1826. Du principe que la subornation n'est qu'un acte de complicité du faux témoignage, il résulte encore, ainsi qu'on

1. Cass., 16 janv. 1835, S.35.1.310; 6 mai 1854, Bull. n. 139.

l'a déjà vu, que tous les actes qui constituent la complicité légale et qui sont énumérés par l'art. 60 sont des actes de subornation, quand ils ont eu pour résultat d'obtenir un faux témoignage.

Ainsi, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué le faux témoignage ou donné des instructions pour le commettre, sont coupables de subornation. La subornation peut donc s'effectuer de différentes manières : par la crainte, en menaçant le témoin de lui faire perdre sa fortune, sa profession, la vie même ; par abus d'autorité, lorsque le suborneur ordonne aux personnes qui sont dans sa dépendance de faire une fausse déposition ; par corruption, lorsqu'il donne ou promet de l'argent, lorsqu'il flatte le témoin de l'espoir de l'enrichir ou de l'avancer, ou d'améliorer son sort : tous ces moyens sont également coupables, tous constituent également un acte de complicité du faux témoignage, et par conséquent la subornation. Elle peut même s'accomplir en fournissant au témoin les instruments nécessaires pour l'exécution, par exemple en lui procurant sciemment un acte faux qui sert à corroborer sa déposition [1]. Lorsqu'elle se produit en donnant des instructions, il n'est pas nécessaire d'énoncer que ces instructions ont été données pour commettre le faux témoignage, sachant qu'elles devaient y servir ; il suffit de constater qu'elles ont été données avec la connaissance qu'elles devaient servir au crime [2].

1827. Celui qui sollicite d'un témoin un faux témoignage, *comme un acte de pure complaisance et sans lui faire aucunes promesses*, se rendit-il coupable de subornation ? La Cour de Paris a résolu cette question affirmativement : « attendu qu'il y a subornation dès qu'à l'aide d'une séduction quelconque employée envers des témoins, un faux témoignage a été porté en justice ; qu'il résulte des termes formels de l'article 365 que le coupable de subornation doit être puni, soit que le faux témoignage ait été obtenu à l'aide d'argent, de ré-

1. Cass. 6 oct. 1853, Bull. n. 494
2. Cass., 19 juin 1857, Bull. n. 232.

compense quelconque ou de promesses, soit sans aucun de ces moyens ; qu'ainsi on ne doit pas chercher dans l'art. 60 les caractères de la complicité [1]. » Cet arrêt semble méconnaître les principes élémentaires de la matière. Il faut distinguer la subornation en général, par laquelle on engage une personne, à l'aide d'une séduction quelconque, à faire quelque chose contre son devoir, et la subornation punissable par laquelle, à l'aide de certains moyens de provocation, on engage un témoin à déposer contre la vérité. La loi, dans ce dernier cas, a défini les moyens de provocation constitutifs du crime ; or, parmi ces moyens, la demande du faux témoignage, sans employer ni dons, ni promesses, ni menaces, ni abus d'autorité, ne se trouve pas comprise. On objecte que l'article 365 n'exige point l'emploi de ces moyens de provocation ; mais il renferme le principe que la subornation est un acte de complicité, et de là on doit induire, sinon que les règles de la complicité lui soient strictement applicables, au moins qu'on doit le moins possible s'éloigner de ces règles. Il serait étrange, en effet, de punir, à l'égard du faux témoignage, des moyens de provocation qui ne sont pas punis quand ils ont pour objet la perpétration de crimes plus graves encore [2]. La simple demande d'un faux témoignage, lorsque cette demande n'est accompagnée d'aucun moyen de séduction, ne produit point les mêmes effets, n'offre point les mêmes dangers que lorsqu'elle est accompagnée de dons, de promesses ou de menaces : le témoin n'est en butte à aucune tentative de corruption, il ne subit aucune influence illicite, il conserve, en face d'une telle demande, toute sa liberté. Cette démarche, sans doute, est immorale, mais elle n'est point un acte de subornation, car son auteur n'emploie aucun des moyens frauduleux qui seuls constituent le crime [3].

1. Arr. Paris, 16 août 1836, Devill. et Car., 1837.2.131 ; Journ. du dr. crim., 1836, p. 344.

2. V. notre tome 1er, n. 205.

3. ** Toutefois, la Cour suprême a dit, dans un arrêt du 25 août 1876 (Bull. n. 195) que « les éléments (de la subornation) consistent, d'une

1828. Cependant, quand il y a lieu de constater cette complicité spéciale soit dans les actes de l'instruction secrète, soit dans les questions posées au jury, on peut employer l'une ou l'autre des deux formules que la jurisprudence a consacrées ; on peut se borner à énoncer qu'il y a prévention ou accusation du crime de subornation, à demander si l'accusé est coupable de subornation. Ce mot comprend tous les caractères du crime prévu par l'article 365, il se suffit à lui-même, il n'a besoin d'être complété par aucune énonciation, il exprime la complicité spéciale qui peut exister indépendamment des circonstances constitutives de la complicité ordinaire [1]. On peut, en second lieu, au lieu d'employer cette simple expression de subornation, qui peut laisser quelques doutes sur les éléments du crime, la traduire par l'expression de provocation au faux témoignage, qui présente un sens plus clair et plus précis; mais alors il ne suffit pas d'énoncer la provocation, il faut la définir et la préciser dans les termes de l'art. 60, puisque cet article ne répute acte de complicité que la provocation qui s'accomplit » par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables». Il est donc nécessaire d'ajouter celle de ces circonstances par laquelle la provocation s'est produite; car, à défaut de cette addition, la provocation énoncée ne serait pas celle que la loi

part, dans l'emploi de suggestions ou excitations dolosives s'adressant à des personnes appelées à déposer sous la foi du serment devant la justice, et, d'autre part, dans l'intention de les amener à faire des déclarations contraires à la vérité ». — Un arrêt postérieur du 7 décembre 1883 (Bull. n. 277) est plus explicite encore : « Attendu que la subornation de témoins est un fait délictueux *sui generis*; que cette expression détermine suffisamment par elle-même les éléments constitutifs du délit ou du crime que réprime la loi, et *qu'il existe indépendamment des circonstances constitutives de la complicité ordinaire spécifiée en l'art. 60 du Code pénal*, par cela seul qu'il y a eu emploi de suggestions ou excitations dolosives adressées à des personnes appelées à déposer sous la foi du serment et de nature à les amener à faire des déclarations contraires à la vérité (Cass., 7 décembre 1883 ; Bull. n. 277).

1. Cass., 29 nov. 1851, Bull. n. 503; 2 juill. 1857, Bull. n. 249; 6 janv. 1859, Bull. n. 1er; 22 juill. 1864, Bull. n. 19?.

a punie, et la complicité légale n'existerait plus [1]. Il faut donc employer ou l'expression de subornation, qui résume tous les modes de complicité, ou les termes mêmes dont s'est servi l'article 60 pour définir les actes qui constituent la complicité ordinaire.

1829. L'application de cette règle a donné lieu à quelques difficultés. Il a été reconnu, d'abord, « que le fait d'avoir *engagé* un tiers à faire devant la Cour d'assises une déclaration mensongère en sa faveur ne présente pas les caractères du crime de subornation [2]. « En effet, c'est là une simple provocation qui n'a pas les caractères établis par l'art. 60. Il a été reconnu encore que ce n'est pas suborner un témoin que de surprendre sa bonne foi en le trompant sur les faits au sujet desquels il doit déposer, « attendu qu'il faut du moins, pour caractériser la subornation, qu'il y ait une sorte de provocation au crime de faux témoignage ; que surprendre la crédulité d'un individu par des manœuvres employées dans le but de le tromper sur les faits au sujet desquels il doit déposer en justice n'est point suborner un témoin ; que la surprise et l'erreur à l'aide desquelles ce témoin est amené à faire une déposition qu'il croit conforme à la vérité, étant par elles-mêmes exclusives du crime de faux témoignage, ne présentent point le caractère essentiel du crime de subornation de témoins [3] ».

Mais lorsque la subornation est déclarée, le sens de cette expression n'est point affaibli par l'énonciation des moyens par lesquels elle s'est produite. Ainsi, on lit dans un arrêt « que, si le président de la Cour d'assises a cru devoir indiquer surabondamment, dans la question soumise au jury, par quels moyens l'accusé avait suborné les témoins, cette énonciation, complétement inutile, n'a pu avoir pour effet de res-

1. Cass., 29 nov. 1851, Bull. n. 503; 29 sept. 1853, Bull. n. 484; 6 mai 1854, Bull. n. 139; 22 fév. 1855, Bull. n. 55; 19 juin 1857, Bull. n. 232; 16 avril 1857, Bull. n. 151.

2. Cass., 6 oct. 1853, Bull. n. 496.

3. Cass., 9 sept. 1852, Bull. n. 310.

treindre le sens du mot subornation [1] ». C'est là une règle d'interprétation qu'on ne doit pas accepter comme étant absolue, car il peut arriver que les mots ajoutés restreignent formellement le sens de l'expression légale : si, par exemple, au lieu de faire suivre le mot subornation de ceux-ci : « par dons ou promesses, » on avait simplement ajouté ceux-ci: « en l'engageant à déposer ou en lui demandant de déposer en faveur de l'accusé », ne serait-ce pas restreindre la subornation au fait d'une simple demande ? Et ne serait-il pas difficile, dans ce cas, de lui reconnaître son caractère criminel ?

Enfin il a été admis que si le mot provocation a été employé sans être suivi d'aucune qualification, ce mot suffit, lorsqu'il est en même temps constaté que les faux témoins ont reçu de l'argent ou des promesses ; car il faut apprécier la constatation du fait dans son ensemble, et en chercher la légalité, non dans l'exactitude de la formule, mais en rapprochant les unes des autres toutes ses énonciations [2].

1830. Néanmoins on ne doit pas perdre de vue que dans cette matière, comme en toute matière correctionnelle, il est nécessaire d'énoncer les éléments du délit et qu'il ne suffirait pas d'en énoncer la qualification. Ainsi, dans une espèce où ces éléments étaient convertis en faits, la Cour de cassation a déclaré : « que pour justifier une condamnation, il ne suffit pas d'une simple énonciation de la qualification légale donnée aux faits, puisqu'il serait impossible de vérifier si cette qualification a été justement appliquée aux faits déclarés constants ; qu'il ne saurait en être autrement pour le délit de subornation de témoins, l'art. 365 ne contenant à cet égard aucune exception ou dérogation à la règle commune ; que le fait de subornation de témoins, pour être un fait d'une nature toute spéciale et un mode particulier de complicité du délit de faux témoignage, n'en a pas moins ses caractères constitutifs indépendamment des éléments de preuve à l'aide desquels se forme la conviction du juge [3]. »

1. Cass., 2 juill. 1857, Bull. n. 249.
2. Cass., 18 déc. 1856, Bull. n. 399.
3. Cass., 9 déc. 1864, Bull. n. 279.

§ III. — *Du faux serment en matière civile.*

1831. Il nous reste à parler du faux serment. L'art. 366 est ainsi conçu : « Celui à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, sera puni de la dégradation civique. « L'exposé des motifs portait à ce sujet: « Une disposition relative au faux serment, et qui n'existait pas dans la loi de 1791, a été placée dans le nouveau Code. Ce crime a été puni de la dégradation civique. Nulle peine ne convenait mieux au crime de faux serment que celle-ci, qui consiste dans la destitution ou l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, et dans la privation de plusieurs droits civiques, tels, par exemple, que celui d'être juré ou témoin. Le coupable de faux serment est, en effet, rendu indigne de jouir de ces avantages. » L'orateur du Corps législatif ajoutait : « Cette peine infamante convient à des êtres vils et sans honneur qui, constitués juges dans leur propre cause, ne répondent que par un parjure à cet honorable appel fait à leur probité. » On lit toutefois dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat que plusieurs membres avaient demandé que le faux serment fût puni des mêmes peines que le faux témoignage : on alléguait, à l'appui de cette opinion, que le faux serment est le plus éclatant des faux témoignages ; que le parjure abuse de ce qu'il y a de plus sacré pour commettre un vol. Il fut répondu que le faux témoin et le suborneur font le mal pour le mal même et sans y être entraînés par leur intérêt, au lieu que celui qui prête un faux serment n'a pas directement intention de nuire ; il est séduit par la cupidité, il commet une escroquerie , et ne doit par conséquent être puni que comme escroc. Le Conseil d'Etat décida que le faux serment serait puni d'une peine afflictive et infamante [1], mais la dégradation civique fut seule appliquée.

1832. La commission du Corps législatif présenta sur l'ar-

1. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 19 nov. 1808.

ticle 366 les observations suivantes : « La commission est persuadée que le serment dont on entend parler dans cet article ne peut être que le serment décisoire ; mais elle fait observer que cet article, établissant une peine en cas de faux serment, présente une contradiction directe avec l'art. 1363 du Code civil, ainsi conçu : « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. » Il serait bien à désirer sans doute que celui qui a fait un faux serment, même en matière civile, pût être puni ; mais comment concilier la disposition dont il s'agit avec cet article du Code civil ? N'y aurait-il pas, en outre, beaucoup d'inconvénient à admettre la preuve qu'un serment de cette espèce est faux ? Celui qui défère un serment le rend décisoire ; s'il a réclamé une somme dont la loi n'admet pas la preuve par témoins, il attaquera le serment comme faux, il pourra le prouver, et, par là, il trouvera un moyen de faire la preuve d'un prêt pour lequel la loi civile ne le permet pas. On peut objecter, à la vérité, qu'ici il ne s'agit que d'un crime à punir, et non d'opérer l'établissement d'une dette désavouée par le serment : mais le créancier est le seul qui a intérêt à arguer le serment de faux ; lui seul est en état d'en administrer la preuve ; si la fausseté de ce serment est prouvée, et que la peine soit infligée, le créancier s'en prévaudra d'une manière quelconque : s'il n'est pas reçu à s'en prévaloir, si l'action contre le parjure de cette espèce n'appartient qu'au ministère public, agissant d'après une dénonciation, le créancier qui aura indiqué les témoins ou les moyens de preuve aura droit de demander des dommages et intérêts équivalents à la créance originairement réclamée par lui et parviendra ainsi indirectement à s'en faire payer au moyen d'une preuve à laquelle il n'était pas recevable. D'un autre côté, si la condamnation du parjure se réduit à lui appliquer la peine, le créancier ne le poursuivra jamais, parce qu'il n'en peut retirer aucun avantage, et il ne voudra pas s'exposer à susciter une procédure criminelle. »

La commission concluait, par ces motifs, à la suppression de l'article ; mais le Conseil d'Etat n'admit pas ces conclu-

sions, et l'on trouve les raisons du rejet dans l'exposé des motifs : « La poursuite de ce crime, a dit M. Faure, appartient surtout au ministère public. Quant à la partie, ou le serment a été déféré par elle, ou il l'a été d'office ; dans le premier cas, la partie est repoussée par l'art. 1363 du Code civil. Cette disposition a pour but d'empêcher que la partie qui est condamnée par l'effet d'une déclaration à laquelle elle a consenti, ne cherche à recommencer le procès sous prétexte que la déclaration est fausse, ce qui ne manquerait presque jamais d'arriver. Dans le second cas, qui est celui où le serment a été déféré d'office par le juge, la partie intéressée peut être admise à prouver la fausseté de la déclaration [1] ; mais elle doit se conformer aux règles prescrites par le Code de procédure civile. A l'égard du ministère public, la question de savoir si la partie est ou non recevable à prétendre que le serment est faux, lui est étrangère. L'intérêt de la société demande que le crime de faux serment ne reste pas impuni ; et quoique la partie ne puisse agir que pour son intérêt privé, la peine due au crime ne doit pas moins être provoquée par le ministère public. »

« Cette disposition, ajoutait l'orateur du Corps législatif, n'ouvre aucune nouvelle action au condamné : le Code civil a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile, c'est le ministère public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, poursuivre le parjure. Celui qui aura fait un faux serment pour s'affranchir du paiement d'une dette contractée, mais dont la preuve n'aurait pas été présentée ou admise dans les tribunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit de son imposture ; elle pourra être dévoilée au grand jour de la justice criminelle : puisse cette crainte salutaire arrêter la cupidité, retenir la mauvaise foi, et mettre un terme aux scandaleux abus des serments dans le sanctuaire de la justice ! »

1833. L'art. 366 est général et absolu ; il n'établit aucune

1. ** Sans que l'arrêt définitif rendu par la juridiction civile y fasse obstacle (Cass., 17 mai 1878; Bull. n. 114).

distinction entre le serment décisoire et le serment supplétif; la fausseté du serment est soumise à la même pénalité dans l'un et l'autre cas [1]. L'affirmation faite à l'audience par une partie *sur son âme et conscience*, en présence de la partie adverse, doit être considérée comme un serment, « attendu que l'affirmation faite en justice à l'audience d'un tribunal, après que l'affirmation a été déférée ou référée sur l'objet du litige par l'une des parties ou déférée d'office par le juge, constitue le serment qu'a eu en vue l'art. 366, puisque la loi civile n'a pas institué de formule spéciale pour l'accomplissement de cet acte solennel [2]. »

1834. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le serment prêté ne pourrait prendre le caractère d'un faux serment et devenir passible de poursuites criminelles, qu'autant qu'il a été produit une preuve écrite, ou un commencement de preuve par écrit du fait dénié par le serment, lorsque la loi civile a soumis ce fait à ce genre de preuve [3]. En effet, si les faits criminels peuvent être prouvés par les dépositions des témoins, il n'en est pas de même des faits civils dont la preuve est assujettie par la loi civile à la production d'un acte écrit qui les constate ; à l'égard de ces faits, la loi, qui détermine le genre de preuve auquel ils sont soumis, étend son empire sur la procédure criminelle ; elle doit être observée par les juges criminels, même dans le cas où le fait civil se lie par des rapports nécessaires au fait puni par la loi pénale, et où la preuve de ce dernier fait est subordonnée à celle du premier.

Ainsi, s'il s'agit d'un paiement dénié par le créancier, et qui est soumis dans sa preuve aux art. 1341 et 1347 du Code civil, le débiteur ne sera pas admis, sur sa seule allégation qu'il a déjà payé, à porter plainte au criminel ; il faudra qu'il

1. Cass., 20 janv. 1843, Bull. n. 7.

2. Même arrêt.

3. Cass., 3 sept. 1812 et 17 juin 1813, Bull. n. 205 et 129, S.4.186 et 362; et Cass., 21 janv. 1843, Bull. n. 9. — ** Comp. Cass., 12 décembre 1878; Bull. n. 241.

produise une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit du paiement.

Ainsi, s'il s'agit d'une convention, d'une vente déniée par le vendeur, le serment qu'il aura prêté ne pourra prendre le caractère d'un faux serment, à moins qu'une preuve écrite ou un commencement de cette preuve ne soit *produit* à l'appui de l'accusation [1].

1. V. dans le même sens Cass., 12 sept. 1816, Bull. n. 64 ; 20 janv. 1843, Bull. n. 7; 16 août 1844, Bull. n. 294; 29 mars 1845, Bull. n. 118 ; 13 nov. 1847, Bull. n. 274; 17 juin 1852, Bull. n. 195; 11 déc. 1857, Bull. n. 394; et notre *Traité de l'instr. crim.*, t. 7.

CHAPITRE LXVI.

DE LA DÉNONCIATION CALOMNIEUSE.

(*Commentaire de l'art.* 373 *du Code pénal.*)

1835. Objet de ce chapitre. Maintien de l'art. 373 dans le Code.
1836. Définition de la dénonciation calomnieuse.
1837. Caractères généraux de la dénonciation.
1838. L'art. 373 exige qu'elle soit faite *par écrit*. Application de cette règle.
1839. Faut-il, en outre, qu'elle soit revêtue des formes prescrites par l'article 31 du Code d'instruction criminelle?
1840. Peut-elle être incriminée comme une lettre non signée?
1841. Exception pour le cas où elle est faite verbalement aux officiers de police ou de justice.
1842. Elle peut être faite sous la forme d'une plainte ou sous toute autre forme.
1843. Une citation directe peut être considérée comme une dénonciation.
1844. Elle peut être contenue dans un écrit imprimé, dans un mémoire relatif à une contestation.
1845. La poursuite peut avoir lieu lors même que l'écrit n'est pas représenté.
1846. La dénonciation doit être faite aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire. Quels sont ces officiers?
1847. Les préfets sont compris dans cette qualification.
1848. Elle s'étend à tous les fonctionnaires qui exercent dans une administration publique une autorité disciplinaire.
1849. Est-il nécessaire que la dénonciation leur soit portée directement?
1850. Caractères de la dénonciation calomnieuse.
1851. Quelles sont les imputations qui peuvent la constituer?
1852. Comment la fausseté des faits imputés doit être établie, s'il s'agit de délits.
1853. Comment cette fausseté doit être établie, s'il s'agit d'actes administratifs.
1854. Examen de la jurisprudence sur l'incompétence du tribunal correctionnel pour apprécier cette fausseté.
1855. Constatation des termes de la jurisprudence.
1856. Cas dans lesquels ce tribunal reprend sa compétence à cet égard.
1857. Quelle est l'autorité compétente pour déclarer la vérité ou la fausseté des faits dénoncés?

1835. L'art. 26 de la loi du 17 mai 1819 a abrogé les articles 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375 et 377 du Code pénal : à ces articles d'autres dispositions ont été substituées [1]; un nouveau système de répression des délits d'injure et de calomnie a remplacé le système du Code. Ces délits appartiennent à une législation spéciale, ils sont soumis à des règles particulières ; étrangers à notre Code, ses principes généraux ne leur sont plus applicables : nous ne devons point nous en occuper dans cet ouvrage.

Trois articles seulement de la section qui font l'objet de notre examen actuel ont survécu à la révision de cette partie de la législation pénale : ce sont les articles 373, 376 et 378.

L'art. 376 se borne à déclarer que les injures ou expressions outrageantes qui ne renferment pas l'imputation d'un vice déterminé, et qui n'ont pas été proférées publiquement, ne donneront lieu qu'à des peines de police : cet article n'a dès lors pour objet que de renvoyer au n° 11 de l'art. 471 qui punit ces sortes d'injures, et l'examen de ces deux articles ne peut être séparé.

Nos observations ne doivent donc porter que sur les articles 373 et 378, dont l'un prévoit le délit de dénonciation

1. * * En dernier lieu, les art. 29 et suiv. de la loi du 29 juillet 1881.

calomnieuse, et l'autre celui de révélation de secrets : ces deux délits distincts feront l'objet de ce chapitre et du chapitre suivant.

1836. La dénonciation d'un acte répréhensible faite à un magistrat est un fait licite en lui-même, et même, en certain cas, prescrit par la loi : l'article 30 du Code d'instruction criminelle l'impose comme un devoir aux citoyens qui ont été témoins de certains crimes. Elle ne devient criminelle, elle ne prend le caractère d'un délit que lorsqu'elle est faite pour servir, non les intérêts de la justice, mais les haines et les passions de son auteur, lorsqu'au lieu d'aider aux recherches judiciaires en révélant un acte coupable et vrai, elle a pour but de les égarer en imputant à un tiers un acte mensonger. « Si une dénonciation calomnieuse, disait l'orateur du Corps législatif, est faite par écrit aux officiers de justice ou aux officiers de police administrative ou judiciaire, cette dénonciation, quoique privée, acquiert un degré de gravité par sa clandestinité même, par le caractère des fonctionnaires auxquels elle est adressée, par la possibilité d'en faire un instrument de persécution ou de poursuites criminelles contre l'innocence ; et c'est avec toute justice que le projet de loi soumet à une peine particulière le dénonciateur qui, sans cette disposition, échapperait aux mesures générales contre la calomnie. »

La dénonciation calomnieuse, en effet, diffère de la diffamation, d'abord en ce que la diffamation n'existe pas moins lorsque l'imputation qui en fait l'objet est vraie, tandis que la dénonciation suppose nécessairement la fausseté du fait imputé ; ensuite, en ce que la diffamation exige la publicité de l'imputation, tandis que la dénonciation lance ses traits dans l'ombre et clandestinement. Elle diffère également du faux témoignage, en ce que celui-ci altère la vérité en face de la justice et sous la foi du serment, tandis que la dénonciation, quoique également mensongère, a pour effet d'égarer les recherches de la justice plutôt que ses jugements, et ne sanctionne pas son mensonge par la violation d'un serment.

1837. La dénonciation calomnieuse est un délit complexe

dont les différents caractères doivent être examinés et constatés avec soin [1].

La première condition de son existense est que l'acte révélateur soit une *dénonciation*. Il faut donc qu'il en ait le caractère et la forme.

Le caractère essentiel de toute dénonciation est la spontanéité : lorsqu'une personne, en révélant un fait, répond à un interrogatoire, transmet des renseignements qu'elle est requise de donner, ses déclarations ne constituent point une dénonciation ; car autre chose est de déclarer les faits qui sont à sa connaissance à l'autorité qui demande cette déclaration, autre chose de provoquer par un avis secret l'administration ou la justice qui les ignore. Or c'est cette provocation de la poursuite, cet avis d'un fait inconnu, cette instigation secrète, qui forment le caractère distinctif de la dénonciation : elle doit être à la fois l'expression spontanée de la volonté du dénonciateur et la cause déterminante de l'action criminelle ou disciplinaire dont elle provoque l'exercice. Cette règle a été pleinement consacrée par la Cour de cassation, qui a déclaré en principe : « qu'il est nécessaire, pour qu'une dénonciation soit déclarée calomnieuse, qu'elle ait été le résultat d'une volonté libre et spontanée de la part de son auteur [2] ; » et qui, dans une autre espèce, a annulé une condamnation prononcée pour délit de dénonciation calomnieuse : « attendu qu'il est déclaré dans le procès-verbal que le prévenu ne s'est présenté devant le maire que sur le désir que celui-ci en avait témoigné, ce qui exclut la

1. * * L'art. 164 du Code pénal allemand prévoit en ces termes la dénonciation calomnieuse : « Celui qui, sachant que son accusation est fausse, aura fait devant une autorité publique une dénonciation dans laquelle il impute à une personne un acte punissable ou une violation des devoirs de sa fonction, sera puni d'un emprisonnement d'un mois au moins, et pourra en outre être privé des droits civiques. Il ne pourra être statué sur la fausse dénonciation tant que l'information commencée au sujet du fait dénoncé ne sera pas terminée. »

2. Cass., 29 juin 1838, S.39.1.694.

spontanéité, qui est un des caractères essentiels et nécessaires de la dénonciation [1]. »

1838. La forme de la dénonciation n'est qu'imparfaitement déterminée par le Code pénal : l'article 373 exige seulement qu'elle soit faite *par écrit*. Cette condition était essentielle, puisque l'acte de la dénonciation, lorsqu'elle est reconnue calomnieuse, forme le corps même du délit ; il faut donc que cet acte puisse être représenté. Comment, en effet, prendre pour objet d'une poursuite criminelle une déclaration verbale, quelques paroles fugitives qui ont pu être mal comprises par l'officier qui les a recueillies ? Comment incriminer une pensée dont les expressions n'ont point été fixées par son auteur ? Comment distinguer, d'après un indice aussi vague, si l'agent avait l'intention de faire une dénonciation préjudiciable, ou si sa démarche n'a été que le résultat de l'imprudence et de l'irréflexion ? La dénonciation écrite peut seule être incriminée, parce que seule elle atteste le degré de culpabilité de son auteur, parce qu'enfin, offrant une garantie plus grande aux officiers auxquels elle est adressée, elle menace d'un plus grand péril la personne qui en est l'objet. Nous reviendrons tout à l'heure sur les formes diverses que peut revêtir cet écrit.

1839. Suffit-il que la dénonciation soit rédigée par écrit? Est-il nécessaire qu'elle le soit avec les formes prescrites par l'art. 31 du Code d'instruction criminelle ? Cet article est ainsi conçu : « Les dénonciations seront rédigées par les dénonciateurs, ou par leurs fondés de procuration spéciale, ou par le procureur de la République, s'il en est requis ; elles seront toujours signées par le procureur de la République à chaque feuillet, et par les dénonciateurs ou leurs fondés de pouvoir. Si les dénonciateurs ou leurs fondés de pouvoir ne savent ou

1. Cass., 3 déc. 1819, S.6.142. — * * V. aussi Cass., 22 mai 1885 ; Bull. n. 153. — Mais l'interrogatoire auquel le procureur de la République, saisi de la dénonciation, a fait procéder sur la demande même du dénonciateur, n'enlève pas à la dénonciation son caractère de spontanéité (Cass., 4 février 1886 ; Bull. n. 38).

ne veulent pas signer, il en sera fait mention. La procuration demeurera toujours annexée à la dénonciation, et le dénonciateur pourra se faire délivrer, mais à ses frais, une copie de sa dénonciation. » Qnel est le motif de ces précautions ? C'est évidemment d'offrir à la justice et au dénonciateur lui-même la garantie que la dénonciation exprimera les faits tels qu'il a voulu les articuler ; c'est dans cette vue que l'article ordonne que la dénonciation sera rédigée par le dénonciateur, ou par son fondé de pouvoir, ou par le procureur de la République, et qu'une copie pourra en être remise à celui qui l'a portée. Or, si ces formes sont utiles pour imprimer à la dénonciation une sorte d'authenticité, elles n'apportent aucun élément nouveau dans la moralité du délit, lorsqu'elle est calomnieuse ; ce délit est le même, soit que l'agent se soit ou non soumis à ces formalités. Si la dénonciation doit être écrite, c'est que c'est le seul moyen d'en faire peser la responsabilité sur son auteur. Dès que cet auteur est connu, dès que ses termes sont constatés, il n'importe nullement au caractère et à la gravité de l'action que la dénonciation ait été reçue avec telle ou telle forme. On doit donc penser que ce n'est point sans intention que le législateur s'est borné à exiger, dans l'art. 373, que la dénonciation ait été faite par écrit, et qu'en n'énonçant aucun renvoi à l'art. 31 du Code d'instruction criminelle, il a voulu soustraire la dénonciation punissable aux formes prescrites par cet article. Cette interprétation acquiert une complète certitude, si l'on considère que les dénonciateurs se déroberaient aisément à la répression de leurs calomnies, en négligeant à dessein de remplir les formes légales, et que les plus dangereux de ces agents, les dénonciateurs anonymes, échapperaient dès lors à la peine. La Cour de cassation a adopté cette opinion ; ses arrêts reconnaissent : « que l'art. 373 parle d'une manière générale de toute dénonciation calomnieuse qui aurait été faite par écrit aux officiers de justice et de police administrative ou judiciaire ; qu'aucune forme n'a été prescrite pour qu'une dénonciation écrite pût être réputée faite par écrit ; qu'il suffit que, de quelque manière que ce soit, la dénonciation ait été pré-

sentée ou transmise par écrit à l'officier de justice ou de police[1]. »

1840. La dénonciation rend donc son auteur responsable de son contenu, dès qu'elle est écrite et quelle que soit sa forme ; elle peut donc être incriminée, lors même que cette forme est celle d'une simple lettre. C'est ce que la Cour de cassation a jugé par un arrêt portant : « que la lettre adressée par le prévenu au procureur général, écrite et signée par lui, est une véritable dénonciation contre ceux qui y sont dénommés[2]. Il a même été jugé « que l'art. 373 n'exige pas que l'écrit dénomme la personne dénoncée, si d'ailleurs il la désigne en termes équivalents[3]. » Mais si cette lettre n'était pas signée, si la dénonciation résultait de simples notes remises à l'officier de police, pourrait-elle encore motiver une poursuite criminelle? La Cour de cassation n'a pas hésité à répondre affirmativement[4]. Ce n'est qu'en la resserrant dans de certaines limites que cette décision peut être adoptée. La signature n'est point une condition essentielle de la dénonciation. Une dénonciation anonyme n'est pas moins une dénonciation ; dès qu'elle divulgue un fait répréhensible, dès qu'elle l'impute à une personne désignée, elle en a tous les caractères ; et il semble même, si elle est l'œuvre de la calomnie, qu'elle suppose une perversité d'autant plus grande, que son auteur se cache sous un voile épais. Assurément une dénonciation signée peut produire, en général, plus de préjudice à la personne qui en est l'objet, par cela seul qu'elle présente plus de garantie à l'officier à qui elle est adressée : mais le délit ne résulte pas du moins ou du plus de gravité du préjudice ; il suffit que ce préjudice puisse exister, il suffit que la dénonciation soit écrite. L'écriture est nécessaire pour

1. Cass., 10 oct. 1816, S. 5 240 ; J. P. 13.644 ; 29 juin 1838, S. 39 1.694 ; 8 déc. 1837, S.38.1.380 ; 1er mai 1868, Bull. n. 118. — * * V. aussi Bourges, 21 nov. 1878 ; S.79.2.81.

2. Cass., 5 fév. 1830, Journ. du dr. crim. 1830, p. 134.

3. Cass., 17 sept. 1845, Bull. n. 251.

4. Cass., 10 oct. 1816, S.5.240 ; Journ. du palais, t. 13, p. 644. — * * *Adde* Cass., 27 mars 1879 ; Bull. n. 71.

constater les termes de la dénonciation ; la signature n'a d'autre utilité que d'en constater la sincérité et d'en faire connaître l'auteur ; elle peut donc être suppléée par des investigations de l'autorité ; elle n'est donc qu'une circonstance secondaire de l'acte. Mais il faut prendre garde, en même temps, que la dénonciation, même anonyme, doit porter avec elle la preuve que son auteur a voulu faire une dénonciation, a entendu se porter dénonciateur. Des notes informes et non signées ont pu être remises à un officier de justice à titre de simple renseignement, comme énonçant des bruits plutôt qu'un fait, comme devant donner lieu à une vérification plutôt qu'à une action. Une telle communication, n'ayant point pour objet de provoquer immédiatement une poursuite, ne devrait point être considérée comme une dénonciation ; et puis la signature, si elle n'est pas nécessaire à l'acte, annonce du moins de la part du signataire l'intention de se porter dénonciateur ; il faut donc que cette intention, quand l'écrit n'est pas signé, puisse s'induire des termes de la dénonciation, puisse résulter de sa forme et de la précision des renseignements qui y sont indiqués.

1841. S'il n'est pas nécessaire que la dénonciation soit revêtue de toutes les formes exigées par l'art. 31 du Code d'instruction criminelle, c'est seulement lorsqu'elle est remise *écrite* aux officiers de police administrative ou judiciaire ; mais si le dénonciateur ne sait ou ne veut pas écrire, et s'il requiert l'officier de consigner sa dénonciation par écrit, celui-ci doit observer les formes prescrites par cet article, car ces formes sont destinées à constater les termes mêmes de déclaration, et si elles ne sont pas observées, la dénonciation reste verbale. Cette distinction n'a point échappé à la Cour de cassation, qui a décidé : « que, d'après ses expressions, l'art. 373 ne pouvait recevoir d'application qu'aux dénonciations qui ont été faites par écrit ; qu'il faut donc, pour qu'une condamnation puisse être prononcée d'après cet article, qu'elle ait pour base une dénonciation écrite par le dénonciateur, ou du moins rédigée en sa présence avec les formes prescrites pour suppléer à son écriture et à sa signature ; que, dans l'espèce, le prévenu a été condamné comme

coupable de dénonciation calomnieuse, qualifiée de dénonciation par écrit; que c'est dans le procès-verbal rédigé par le maire que cette dénonciation par écrit a été reconnue; que cependant ce procès-verbal n'a pas été signé par le prévenu; qu'il n'y est pas dit qu'il ait été requis de le signer; qu'il ne lui en a pas été fait lecture; qu'il a même été rédigé hors de sa présence, et seulement le soir du jour où il avait comparu devant le maire; que ledit procès-verbal ne renferme donc aucune des formalités nécessaires pour qu'il puisse être réputé contenir une dénonciation faite par écrit par le prévenu[1]. » Toutefois ces formes ne sont pas sacramentelles et elles peuvent être suppléées. Ainsi, il a été jugé « que, s'il est de principe que, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 373, il est nécessaire que la dénonciation calomnieuse soit faite par écrit, ou du moins qu'elle soit rédigée en présence du dénonciateur dans les formes indiquées par l'art. 31 du Code d'instruction criminelle, ces formes ne sont pas sacramentelles et qu'elles admettent des équivalents; qu'il est constaté par l'arrêt attaqué : 1° que le prévenu a fait appeler en son domicile le maréchal des logis de la gendarmerie, et que, spontanément, en présence d un gendarme, il lui a porté la plainte qui a fait l'objet des poursuites dirigées contre lui; que cette plainte, dictée par lui au sous-officier et au gendarme, a été écrite par eux en une note détaillée; 2° que le procès-verbal a reproduit fidèlement les expressions de cette note; 3° enfin que le prévenu a reconnu dans tout le cours du procès l'exactitude de ces faits; d'où il suit que la note et le procès-verbal ne forment qu'un seul et même acte auquel foi est due; que ces circonstances ne permettent pas de douter de l'exactitude de la note incorporéé dans le procès-verbal; qu'elles établissent dès lors avec une entière certitude que la dénonciation calomnieuse est bien l'œuvre du prévenu; d'où il suit que le vœu de la loi étant accompli, les omissions signalées par le demandeur doiven

1. Cass., 3 déc. 1819, S.6.142; J.P.15.598; 27 mai 1841, Bull. n. 157

être considérées comme couvertes et réparées par les faits constatés [1]. »

1842. Il faut remarquer, au surplus, que la dénonciation ne serait point à l'abri de l'action criminelle, parce qu'elle aurait été faite sous la forme d'une plainte, et parce que le dénonciateur se serait en même temps constitué partie civile : toute plainte, en effet, renferme nécessairement une dénonciation, et ces deux actes se confondent, en général, dans un seul et même acte. La qualité de partie civile peut faire présumer, à la vérité, la bonne foi de celui qui la prend ; mais elle ne saurait cependant le dérober aux conséquences de son action, s'il est reconnu qu'il a agi de mauvaise foi et dans la seule intention de nuire. La Cour de cassation confirme encore ici notre doctrine ; elle a reconnu : « que l'art. 373 ne s'applique pas seulement à des dénonciations calomnieuses qui pourraient avoir été faites par des lettres ou autres écrits sous seing privé adressés à des fonctionnaires publics, mais à toute espèce de dénonciations, et plus particulièrement encore à celles qui sont faites en justice, soit que leur auteur ait pris la qualité de plaignant ou de partie civile, ou seulement celle de dénonciateur; que toute plainte en justice contient nécessairement une dénonciation [2]. »

La même solution se retrouve dans un autre arrêt qui dispose : « que tout acte écrit, destiné à porter à la connaissance des officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire des faits de nature à donner lieu à des poursuites criminelles, disciplinaires ou administratives, est une dénonciation et peut donner lieu à l'application de l'art. 373 ; que si, dans l'espèce, la plainte remise par le demandeur au procureur du roi était dirigée principalement contre un autre que la partie civile, et ne signalait qu'accessoirement les faits imputés à celle-ci, cette circonstance, qu'il appartient au juge du fait d'apprécier sous le point de vue de la mora-

1. Cass., 24 déc. 1859, Bull. n. 290 ; 30 janv. 1868, n. 30 ; 26 avril 1867, n. 101.

2. Cass., 12 nov. 1813, S.4.464 ; J.P.11.762.

lité, n'ôtait point à l'acte son caractère de dénonciation, puisque le ministère public se trouvait averti, ce qui suffisait pour provoquer l'exercice de son action d'office [1]. »

1843. Une citation directe peut même être considérée comme une dénonciation et devenir la base de la poursuite. Ce point a été reconnu par un arrêt qui prononce le rejet d'un pourvoi : « Attendu qu'une dénonciation, dans les écrits, de l'art. 373 doit s'entendre de tout écrit, quelle qu'en soit la forme, adressé spontanément par son auteur aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire, et contenant contre un tiers l'imputation de faits qui, s'ils étaient prouvés, pourraient appeler sur celui-ci une répression judiciaire, administrative ou disciplinaire, ou lui causer un préjudice ; que, dans le sens de cette définition, une plainte peut être considérée comme une dénonciation et qu'il en est de même d'une citation directe qui n'est qu'un mode de plainte, aux termes de l'art. 183 du Code d'instruction criminelle ; d'où il suit que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué, en assimilant à une dénonciation la citation directe donnée à Gabliera, à la requête de Guilhou, a fait en ce point une légale application de l'art. 373 ; que d'ailleurs il est déclaré que Guilhou a agi méchamment et avec une intention coupable [1]. »

1844. La dénonciation peut être contenue soit dans une pétition [3], soit dans un mémoire imprimé et produit dans une contestation administrative. C'est ce qui a été reconnu dans une espèce dans laquelle un propriétaire avait adressé au préfet un écrit dirigé contre le maire de sa commune : l'arrêt de rejet porte : « qu'il importe peu que cette dénonciation soit contenue dans un mémoire imprimé et produit devant le conseil de préfecture saisi d'une demande en autorisation de plaider formée par le maire de la commune au nom de cette commune, s'il est constaté, d'une part, que ce mémoire, spontanément dirigé, a été directement adressé au supérieur

1. Cass., 21 mai 1841, Bull. n. 149. — ** V. aussi Paris, 13 janvier 1882 S.82.2.150.

2. Cass., 14 mai 1860, Bllu. n. 110.

3. Cass., 3 juill. 1857, Bull. n. 251.

hiérarchique du fonctionnaire dénoncé, et, d'une autre part, que la révélation de ces faits reconnus faux a eu lieu dans l'intention de provoquer contre ce fonctionnaire soit une mesure administrative, soit une poursuite judiciaire [1]. » On a objecté que, lorsque l'écrit est imprimé, les caractères de spontanéité et de clandestinité qui doivent se trouver dans toute dénonciation, ne s'y rencontrent plus. Il a été répondu « que l'écrit (le mémoire imprimé) qui contient la dénonciation, rédigé et signé par le prévenu, ayant été produit dans une instance à laquelle les faits dénoncés étaient étrangers, est demeuré de sa part un acte volontaire et spontané ; qu'il a été remis au chef d'administration du département, supérieur hiérarchique du fonctionnaire inculpé ; que, rendu public par la voie de l'impression et par sa distribution, il en résultait sans doute que la plainte n'aurait été ni secrète ni clandestine ; mais que, dans le délit de dénonciation calomnieuse, la clandestinité de celle-ci n'est nullement une condition essentielle ; qu'elle n'en est pas moins dangereuse lorsqu'elle se publie et s'imprime au grand jour [2]. » Il faut réserver néanmoins les cas où l'art. 23 de la loi du 17 mai 1819 [3], relatif aux écrits publiés devant les tribunaux dans le cours d'un procès, serait applicable.

1845. La dénonciation écrite étant la base de la poursuite, y a-t-il lieu de commencer ou de continuer cette poursuite, si elle n'est pas représentée ? Il a été jugé sur ce point « qu'aucune loi ne subordonne la poursuite du délit de dénonciation calomnieuse à la représentation de l'acte à l'aide duquel il a été commis ; qu'à cet égard, comme pour tous les autres éléments de criminalité et de culpabilité, l'action soit du ministère public, soit de la partie civile, n'est soumise qu'aux règles du droit commun relatives à l'instruction et à la preuve en matière de délit [4]. » Ainsi, l'existence de la dénonciation peut être prouvée suivant les règles prescrites par

1. Cass., 1er mars 1860, Bull. n. 62.
2. Cass., 9 nov. 1860, Bull. n. 229.
3. * * Art. 41 de la loi du 29 juillet 1881.
4. Cass., 4 mai 1860, Bull. n. 122.

les art. 154 et 189 du Code d'instruction criminelle, sauf au prévenu à élever, s'il le juge à propos, une contestation, non-seulement sur l'existence de l'écrit, mais sur sa forme et son contenu.

1846. La première condition du délit est donc qu'il y ait une dénonciation valable ; la deuxième est que cette dénonciation soit *faite aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire.*

Cette remise, en effet, assure le résultat de la dénonciation ; elle provoque les investigations de la justice ou de l'administration ; elle place les officiers en demeure d'y procéder ; elle consomme matériellement le délit. Aussi la Cour de cassation a déclaré : « que la condition substantielle et nécessaire pour caractériser la dénonciation, c'est qu'elle soit faite aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire. » Mais quels sont ces officiers ?

Il résulte de la discussion qui a eu lieu dans le sein du Conseil d'Etat, que l'intention des membres de ce Conseil était de ne pas comprendre les ministres dans les termes de l'art. 373. On accueillit un amendement qui tendait à retrancher du projet ces mots, *soit au gouvernement.* Néanmoins, nous ne pouvons adopter les observations des membres du Conseil d'Etat, qui nous paraissent s'écarter du texte et même de l'esprit de la loi pénale ; il faut atteindre le dénonciateur toutes les fois qu'il n'a été mû que par un intérêt particulier et dans le seul but de nuire au fonctionnaire dénoncé. Soit que la dénonciation provoque la destitution, qui souvent est une répression plus grave qu'une peine correctionnelle, soit qu'elle provoque une poursuite judiciaire, le préjudice qu'elle cause doit être réparé. Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé avec raison qu'une dénonciation adressée aux ministres de la justice [1], de la guerre [2] ou de

1. Cass., 12 mai 1827, Bull. n. 115 ; 20 nov. 1851, Bull. n. 488 ; 20 mars 1852, Bull. n. 106 ; 26 avril 1856, Bull. n. 268 ; 23 janv. 1858, Bull. n. 18.

2. Cass., 7 oct. 1833, Journ. du dr. crim., 1833, p. 838.

l'intérieur [1], peut devenir le fondement d'une poursuite correctionnelle.

Les ministres, agents principaux et directs du pouvoir exécutif, ont toujours le droit d'ordonner des poursuites. Les officiers de justice et de police administrative sont placés sous leur direction, sous leur impulsion; une dénonciation obtiendra peut-être un résultat plus certain, précisément parce qu'en dehors des passions locales elle leur sera directement adressée. C'est à eux à user avec discrétion du droit de divulgation de la dénonciation; c'est à eux à discerner l'intérêt de la chose publique, qui fera souvent préférer le silence à la punition du coupable dénonciateur.

1847. Cela posé, les expressions *d'officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire* s'expliquent facilement. Il ne peut exister d'abord aucune difficulté sérieuse relativement aux *officiers de justice* qui s'appliquent à tous les membres de l'ordre judiciaire, et *aux officiers de police judiciaire* qui sont énumérés par l'art. 9 du Code d'instruction criminelle. Toutefois la question s'est élevée de savoir si dans cette dernière classe les préfets devaient être placés. Un tribunal correctionnel avait renvoyé de la plainte un prévenu de dénonciation calomnieuse : « attendu que la dénonciation n'avait été adressée au préfet qu'en sa qualité de simple administrateur, et non comme officier de police. » Ce jugement a été annulé par la Cour de cassation : « attendu que, relativement aux dénonciations adressées aux préfets, la qualité d'officier de police administrative, conférée à ces fonctionnaires par l'article 10 du Code d'instruction criminelle, ne peut être séparée de celle d'administrateur ; que la loi leur accorde, en effet, le droit d'exercer personnellement les fonctions d'officier de police administrative ou d'en requérir l'exercice des officiers de police judiciaire, sur tous les crimes, délits ou contraventions qui parviennent à leur connaissance, de quelque manière que ce soit ; que l'art. 373 a eu pour objet de réprimer les dénonciations calomnieuses qui peuvent provo-

[1] Cass., 25 oct. 1816, Bull. n. 77.

quer des poursuites judiciaires, et compromettre ainsi, sans motif légitime, le repos et la sûreté des familles ; que la distinction faite par le tribunal de première instance est donc contraire à l'esprit comme à la lettre dudit art. 373 [1].

1848. Mais la qualification *d'officier de police administrative* n'appartient-elle, comme paraît le déclarer cet arrêt, qu'aux fonctionnaires qui exercent cette police ? Ou faut-il l'étendre à ceux qui, dans le sein de chaque administration et dans une sphère spéciale, sont investis d'une autorité disciplinaire, d'une sorte de police sur leurs subordonnés ? La Cour de cassation a décidé cette question dans ce dernier sens, en déclarant que le directeur des contributions indirectes est officier de police administrative à l'égard des préposés de son administration, dans le sens de l'art. 373 : cet arrêt se fonde sur ce que l'art. 4 de l'arrêté du gouvernement du 5 germinal an XIII attribue au directeur général la direction et la surveillance de tous les agents et préposés de cette administration ; d'où il résulte qu'il est nécessairement officier de police administrative à l'égard de ces agents et préposés [2]. Cette interprétation nous paraît conforme à l'esprit de l'art. 373, qui a voulu atteindre toutes les dénonciations qui peuvent causer quelque préjudice à la personne qui en est l'objet, et qui n'a point déterminé avec précision la qualité *d'officier de police administrative*. La dénonciation prend donc un caractère criminel dès qu'elle est adressée à un fonctionnaire de l'administration qui est investi d'un pouvoir disciplinaire sur la personne dénoncée, et qui peut, en vertu de cette dénonciation, adopter à son égard des mesures répressives, telles que la suspension ou la destitution. La même décision doit s'appliquer aux fonctionnaires des diverses administrations publiques, qui sont investis d'un semblable pouvoir, lorsque la dénonciation concerne leurs subordonnés. Cette opinion a été consacrée par un arrêt qui décide : « que la qualification d'officier de police administrative ou judiciaire ne doit pas être prise dans un sens restreint ; qu'elle s'étend

1. Cass., 31 août 1815, S.5.98 ; J.P.13.60 ; 9 nov. 1860, Bull. n. 229.
2. Cass., 23 juill. 1835, S.35.1.896.

à tous ceux qui, dans les administrations publiques, exercent une autorité disciplinaire sur leurs subordonnés et peuvent être entraînés par une dénonciation calomnieuse à frapper injustement de suspension, de destitution ou de toute autre mesure répressive la personne dénoncée [1]. »

1849. Est-il nécessaire que la dénonciation soit faite directement aux officiers de police administrative ou judiciaire ? L'art. 373 ne l'exige pas ; il veut seulement qu'elle soit faite à ces officiers, qu'elle leur soit adressée, ou, en d'autres termes, qu'elle leur soit destinée. Ce point a été reconnu par deux arrêts. Dans l'espèce du premier, la dénonciation avait été faite à un sous-officier de gendarmerie ; l'arrêt déclare : « que les sous-officiers de gendarmerie ne sont pas des officiers de police judiciaire ; que cette qualité n'est conférée qu'aux officiers de cette arme par l'art. 9 du Code d'instruction criminelle et l'art. 338 du décret du 1er mars 1854 concernant l'organisation et le service de la gendarmerie ; que c'est donc à tort que l'arrêt attaqué a posé en principe que les sous-officiers de gendarmerie sont des officiers de police judiciaire dans le lieu de leur résidence ; mais que les faits constatés établissent qu'en recevant la plainte, le maréchal des logis et le gendarme, rédacteurs du procès-verbal, ont procédé dans la sphère de leurs attributions légales comme intermédiaires entre le dénonciateur et l'autorité judiciaire, relativement à une plainte qui, en réalité, s'adressait au procureur impérial ; qu'en effet, d'après l'art. 488 du décret, la gendarmerie a qualité pour dresser procès-verbal des crimes et délits qui lui seront dénoncés ; que l'art. 495 veut que les procès-verbaux soient établis en double expédition, dont l'une est remise dans les vingt-quatre heures à l'autorité compétente et l'autre adressée au commandant de l'arrondissement ; qu'en exécution de ces prescriptions, le maréchal des logis de la gendarmerie a dû transmettre et a transmis, en effet, au procureur impérial une expédition du procès-verbal contenant la plainte ; d'où il suit que cette plainte, compétemment reçue par la gendarmerie procédant comme agent d'une

1. Cass., 12 avril 1851, Bull. n. 144.

transmission prescrite par le décret réglementaire, doit être réputée faite au procureur impérial [1] » Le deuxième arrêt, rendu dans une espèce où la dénonciation avait été adressée, sous la forme d'une pétition au chef de l'Etat, a également statué : « que toute pétition qui signale des faits de nature à appeler sur un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire des peines disciplinaires ou autres, est une véritable dénonciation ; que si les faits sont mensongers et qu'ils aient été imputés méchamment et à dessein de nuire, elle prend alors le caractère de dénonciation calomnieuse ; qu'en l'adressant au chef de l'État, son auteur ne peut avoir pour but que de la faire parvenir plus sûrement et avec plus d'autorité aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire chargés de réprimer les faits énoncés ; que, dans l'espèce, la pétition a été renvoyée par le comité des pétitions aux ministres compétents pour statuer sur les faits énoncés [2].

1850. Nous avons établi jusqu'ici les deux caractères matériels du délit : l'existence d'une dénonciation régulière, la remise de cette dénonciation aux officiers de justice ou de police administrative ou judiciaire. Nous devons développer maintenant les éléments de sa moralité : il faut qu'elle soit reconnue *calomnieuse*.

Une dénonciation, pour être réputée calomnieuse, doit réunir deux conditions essentielles : la fausseté des faits imputés et la mauvaise foi du dénonciateur. En effet, si les faits imputés sont vrais, la base du délit disparaît, il n'y a plus de calomnie ; si, quoiqu'ils soient reconnus faux, ils ont été présentés de bonne foi et dans la conviction qu'ils étaient vrais, la culpabilité de l'agent s'évanouit.

Ces règles élémentaires ont été souvent consacrées par la jurisprudence. C'est ainsi que la Cour de cassation a déclaré par un premier arrêt : « que l'art. 373 suppose que les faits dénoncés ont été reconnus faux ou non prouvés [3] ; » par un

1. Cass., 24 nov. 1859, Bull. n. 290.
2. Cass., 3 juill. 1857, Bull. n. 251.
3. Cass., 25 fév. 1826, Bull. n. 34, S. 8. 286.

autre arrêt : « que c'est le fait de mauvaise foi et d'intention coupable qui peut imprimer à la dénonciation le caractère de calomnie[1]. ; enfin par un troisième arrêt[2]. « Que le délit de dénonciation calomnieuse se compose de deux éléments distincts : la fausseté des faits imputés et la mauvaise foi de celui qui les a dénoncés[3]. »

Ces deux éléments de la calomnie seront l'objet de quelques développements.

1851. En ce qui concerne le premier, qui consiste dans la fausseté des faits imputés, il est nécessaire de distinguer d'abord les faits dont la dénonciation peut constituer le délit, et d'établir ensuite par quelle voie et devant quelle autorité la fausseté de ces faits peut être constatée.

La loi n'exige point que les faits dénoncés puissent constituer, s'ils étaient prouvés, un crime ou un délit. L'art. 337, aujourd'hui abrogé, mais qui définissait le délit de calomnie voulait, pour l'existence de ce délit, que les faits imputés pussent exposer celui contre lequel ils étaient articulés, soit à des poursuites criminelles ou correctionnelles, soit seulement au mépris ou à la haine de ses concitoyens. La même régle doit s'appliquer au délit de dénonciation calomnieuse, mais en se modifiant d'après la nature spéciale de ce délit dont la perpétration, au lieu d'être publique, est clandestine et cachée. Ainsi, si l'application de l'art. 373 n'est pas limitée au cas où les faits seraient prévus par la loi pénale, il ne suf-

1. Cass., 25 oct. 1816, Bull. n. 77, S. 5. 243.

2. Cass., 22 déc. 1827, Bull. n. 318.

3. * * Il importe toutefois de noter ici un arrêt du 3 janv. 1873 (Bull. n. 2), portant « qu'en vain le demandeur voudrait se prévaloir de la vérité matérielle de la plupart des faits dénoncés ; que la calomnie, qui est l'élément essentiel du délit de dénonciation, peut se rencontrer aussi bien dans la fausseté du caractère moral imprimé aux faits par le dénonciateur que dans l'inexactitude matérielle des circonstances ; qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, pour dénaturer les faits et leur donner un caractère criminel, le demandeur a perfidement dissimulé certaines circonstances, produisant ses incriminations isolément et sans aucun des détails propres à donner aux faits leur véritable physionomie et à justifier par là même la conduite de l'officier public inculpé. » — Comp. Cass., 8 fév. 1878 ; Bull. n. 40 ; — Chambéry, 4 nov. 1875 ; S. 76. 2. 111.

firait pas cependant, comme l'art. 367 l'établissait à l'égard des imputations publiques, que ces faits fussent de nature à attirer le mépris ou la haine contre celui qui en est l'objet ; car ces imputations étant secrètes et ne pouvant donner lieu à aucune mesure répressive ou disciplinaire, le préjudice serait nul. Il faut que la dénonciation puisse nuire pour qu'elle soit incriminée ; elle doit donc avoir pour effet possible, si elle est portée contre un citoyen, d'appeler contre lui des poursuites judiciaires ; et, si elle est portée contre un agent ou un préposé quelconque d'une administration publique, d'appeler contre cet agent soit des poursuites judiciaires, soit la suspension ou la destitution. Les faits qui peuvent produire de tels effets sont donc les seuls dont la dénonciation puisse être punie. On pourrait opposer à cette doctrine un arrêt qui semble décider, en se fondant sur l'article 367, qu'il suffit que l'imputation expose à la haine ou au mépris ; mais l'article 367, aujourd'hui abrogé, ne s'appliquait qu'à des imputations que leur publicité rendait nécessairement préjudiciables [1].

Cette interprétation est conforme au texte de l'art. 373, qui suppose évidemment qu'il a été fait devant les officiers de police administrative ou judiciaire une dénonciation de faits passibles par leur nature d'une répression judiciaire ou administrative. Elle est confirmée, d'ailleurs, par ces paroles de l'orateur du Corps législatif: « Si la dénonciation calomnieuse est faite par écrit aux officiers de justice ou aux officiers de police administrative ou judiciaire, cette dénonciation, quoique privée, acquiert un caractère de gravité par sa clandestinité même, par le caractère des fonctionnaires auxquels elle est adressée, *par la possibilité d'en faire un instrument de persécution ou de poursuites criminelles contre l'innocence.* » La Cour de cassation a également confirmé cette règle en déclarant « que l'art. 373 n'a point limité l'application des peines qu'il prononce au seul cas où les faits énoncés seraient prévus et réprimés par une loi pénale ; qu'en punissant non-seulement les dénonciations faites aux officiers de police

1. Cass., 8 juin 1844, Bull. n. 202.

judiciaire, mais encore celles faites aux officiers de police administrative, il a suffisamment exprimé que son intention était d'atteindre les dénonciations calomnieuses qui exposeraient celui qui en est l'objet à une répression administrative ; qu'il résulte même du rapprochement des art. 367, 373 et 374, que le but du législateur a été de punir les imputations de faits de nature à exposer celui à qui on les impute à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou au mépris ou à la haine des citoyens, lorsque les imputations seraient rendues publiques ou lorsqu'elles seraient calomnieusement consignées dans des dénonciations adressées à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative[1]. »

1852. Nous avons maintenant à rechercher par quelle voie la fausseté des faits dénoncés doit être constatée.

Il faut ditinguer si le fait dénoncé constitue un délit ou un crime qui puisse motiver une poursuite judiciaire, ou s'il constitue un acte purement administratif.

Dans le premier cas, la marche de la procédure est fort simple. La vérité ou la fausseté des faits dénoncés forme une question préjudicielle[2] qui doit nécessairement être jugée, pour qu'il soit possible d'apprécier le caractère moral de la dénonciation. Or, cette question, devant quels juges doit-elle être portée ? Est-ce devant le tribunal correctionnel saisi de la poursuite en dénonciation calomnieuse ? Evidemment non ; car il s'agit de procéder à une information judiciaire sur le délit ou le crime dénoncé, et cette information ne peut se faire à l'audience du tribunal ; la loi a tracé des formes pour toutes les instructions criminelles, ces formes doivent être suivies. Le tribunal doit donc surseoir à apprécier le caractère

1. Cass., 3 juill. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 245 ; 25 fév. 1826, Bull. n. 34.

2. * * Cette question est préjudicielle au *jugement* et non *à l'action*. Un arrêt récent de la Cour suprême décide « que la juridiction correctionnelle est légalement saisie d'une poursuite en dénonciation calomnieuse, alors même que la fausseté des imputations calomnieuses n'a pas été préalablement déclarée ; qu'il doit seulement être sursis au jugement de la poursuite, lorsque la fausseté des faits dénoncés est contestée par le prévenu... » (Cass., 23 oct. 1885 ; Bull. n. 282).

moral de la dénonciation, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à une instruction régulière sur les faits. Telle est aussi la règle consacrée par la jurisprudence [1].

Mais la question préjudicielle se trouve jugée lorsque la chambre du conseil ou la chambre d'accusation ont déclaré qu'il n'y a lieu à suivre : la fausseté du fait dénoncé doit alors être considérée comme constatée ; il peut être procédé au jugement de la dénonciation [2]. A la vérité, les ordonnances de la chambre du conseil et les arrêts ne sont pas définitifs, puisque les poursuites peuvent être reprises s'il survient de nouvelles charges. Mais, ainsi que le remarque M. Mangin [3], « interdire l'action en dénonciation calomnieuse, sous prétexte que des charges nouvelles peuvent survenir, ce serait vouloir que le délit restât impuni parce que les imputations ont été tellement dénuées de preuve, ou que leur fausseté a été tellement évidente, qu'il n'y a pas eu lieu à renvoyer l'inculpé devant les tribunaux, et la mauvaise foi de la dénonciation serait précisément ce qui affranchirait de toute réparation le dénonciateur. » Il n'est donc pas douteux que la poursuite en calomnie peut être exercée aussitôt que la chambre du conseil ou la chambre d'accusation ont décidé qu'il n'y a pas lieu à suivre sur la plainte ou la dénonciation, sauf au tribunal à prononcer un nouveau sursis dans le cas où le prévenu se prévaudrait de nouvelles charges survenues depuis l'ordonnance de la chambre du conseil,

1. Cass., 2 mai 1834 et 7 fév. 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p. 110 et 136. — * * Que décider si la personne dénoncée vient à décéder et que l'action publique se trouve par cela même éteinte? La Cour de Bourges a répondu qu'il appartenait dans ce cas au tribunal correctionnel saisi de l'action en dénonciation de statuer snr la vérité ou la fausseté des faits dénoncés (Bourges, 21 nov. 1878; S. 79. 2. 81). Cette solution paraît s'imposer.

2. * * Et le prévenu de dénonciation calomnieuse, qui ne s'est pas porté partie civile dans la poursuite contre l'auteur des faits dénoncés ne peut former opposition à l'ordonnance de non-lieu rendue en sa faveur (Cass., 17 août 1878 ; Bull. n. 191).

3. Traité de l'act. publ. n. 230.

et du consentement du ministère public à reprendre les poursuites [1].

1853. Dans le cas où le fait dénoncé constitue un acte administratif, la difficulté devient plus grave. Il s'agit, en effet, de savoir si le tribunal correctionnel, saisi de la dénonciation calomnieuse, peut statuer lui-même sur la question préjudicielle de savoir si ce fait est vrai ou faux, s'il a les moyens de faire cette appréciation, s'il est compétent pour y procéder. La Cour de cassation lui refuse ce pouvoir ; elle a déclaré par de nombreux arrêts « que la vérité ou la fausseté des faits ne peut être appréciée et déclarée que par l'autorité dans les attributions de laquelle rentre la connaissance de ces faits ; qu'elle a seule à sa disposition les documents propres à en vérifier l'existence ou l'exactitude ; que, dans bien des cas, l'autorité judiciaire ne pourrait se livrer à une semblable investigation sans sortir des limites de ses attributions. » Elle ajoute, pour circonscrire avec plus de précision le pouvoir judiciaire, « que le second et indispensable élément du délit de dénonciation calomnieuse, savoir, la mauvaise foi du dénonciateur, ne peut être apprécié et déclaré que par les tribunaux ; que c'est sur ce point que doivent poser l'instruction et les débats ; que si la vérité ou la fausseté des faits ne peut être discutée devant eux, lorsque l'autorité compétente a donné à cet égard une décision, que s'ils doivent même surseoir au jugement jusqu'à ce que cette décision soit intervenue, ils ont, au contraire, relativement au jugement de l'intention du dénonciateur, la même latitude que celle qui leur est laissée pour l'appréciation et le jugement de tout autre délit [2]. »

Ce système est fort simple : la Cour de cassation sépare, en

1. Cass., 11 mars 1819, S. 6. 43 ; 2 août 1822 et 18 avril 1823, non imprimés rapp. par M. Mangin, *Traité de l'action publique*, n. 230; et conf. Cass., 4 nov. 1843, Bull. n. 274.

2. Cass., 22 déc. 1827, Bull. p. 957 ; 25 oct. 1816, Bull. p. 186 ; 11 et 25 septembre 1817, Bull. p. 217 et 223 ; 26 mai 1832, S. 33. 1. 68 ; 7 février 1835, Bull. n. 53 ; Cass., 17 sept. 1846, Bull. n. 251 ; 18 déc. 1846, Bull. n. 324.

quelque sorte mathématiquement, les deux éléments du délit; elle défère à l'administration la question de savoir si les faits imputés à l'un de ses agents sont vrais ou faux; elle laisse aux juges l'appréciation de l'intention du calomniateur. Ainsi l'administration se trouve investie du droit de constater souverainement un fait constitutif d'un délit, et sa décision devient l'un des éléments de la condamnation; elle lie les tribunaux, elle a force de chose jugée sur ce fait; elle est considérée comme une décision judiciaire. Cette exception aux règles générales de la compétence a été contestée par la doctrine.

1854. On peut remarquer, en effet, qu'aucune disposition de la loi, aucun terme de l'art. 373 n'autorise et ne justifie cette interprétation. L'art. 373 suppose qu'il a été fait aux officiers *de justice ou de police administrative* une dénonciation de faits passibles, par leur nature, d'une répression judiciaire ou administrative, et cet article suppose également que ces faits seront reconnus faux ou non prouvés; mais il reste muet sur l'autorité compétente pour constater cette fausseté : or ne semble-t-il pas qu'on doit induire de ce silence qu'il se réfère aux règles communes ? car s'il eût voulu y déroger, ne l'eût-il pas exprimé ? Or la règle commune est que le juge saisi de la prévention est compétent pour apprécier tous les faits, pour prononcer sur tous les éléments du délit; s'il en était autrement, non-seulement la marche de la justice serait entravée par de perpétuels conflits de juridiction, mais le jugement du délit, au lieu d'être le résultat des débats, serait déterminé par des décisions qui leur seraient étrangères. Le tribunal correctionnel est donc compétent pour statuer sur l'existence ou la non-existence des faits imputés, et sur le caractère qu'ils peuvent présenter.

La loi devait-elle déroger à cette règle à l'égard de la dénonciation calomnieuse ? Mais, transporter à un pouvoir autre que les juges institués par la loi le droit de constater et de juger un des éléments du délit, c'est distraire le prévenu, en ce qui concerne l'appréciation de ce fait, de ses juges naturels; c'est lui enlever une de ses garanties les plus précieuses. Le prévenu, en effet, a intérêt à réclamer la consta-

tation publique du fait matériel de la fausseté de l'imputation, l'audition orale des témoins, enfin les lumières qui peuvent jaillir d'un débat contradictoire. Une enquête administrative, quelle que soit l'impartialité avec laquelle elle ait été faite, ne présente point les mêmes éléments de certitude, parce que ces renseignements ont été recueillis secrètement et sans contradiction. Elle suffit sans doute pour l'application d'une mesure administrative, mais elle est insuffisante pour devenir la base d'une condamnation correctionnelle; elle peut être admise comme élément d'une preuve judiciaire, mais elle ne peut seule constituer cette preuve; car la défense, dépouillée du droit de la contester, ne serait plus entière.

Ensuite, il est difficile de diviser entre deux pouvoirs différents, le jugement d'un même délit, d'attribuer à celui-là la connaissance du fait matériel, à celui-ci l'appréciation de la moralité de ce fait. La moralité du fait n'est-elle pas renfermée dans le fait lui-même? ne résulte-t-elle pas de ses nuances, de ses degrés? On déclare qu'il n'est pas fondé, mais on ne dit pas si quelque circonstance n'a pas donné lieu de le croire fondé. S'il s'agit, par exemple, de l'imputation d'un faux ou d'une concussion faite à un comptable public, l'administration déclarera que cette imputation est fausse, que le comptable est irréprochable; mais comment saura-t-on si ce même agent n'a pas commis, sans intention de nuire, quelque irrégularité qui a pu donner lieu à une dénonciation de bonne foi? La bonne foi dépend donc des circonstances mêmes du fait matériel; elle est liée aux actes qui s'y rattachent: il est donc impossible de diviser l'appréciation de ces actes, à moins de rompre l'unité dans l'instruction, à moins d'enchaîner l'indépendance du juge dans l'examen des preuves.

Sans doute, toute plainte en dénonciation calomnieuse présente la question préjudicielle de savoir si les faits dénoncés sont vrais ou faux; mais, en règle générale, le juge criminel est compétent pour décider toutes les questions préjudicielles qui se rattachent au fait de la prévention. « Il est certain, dit M. Merlin, qu'en matière de crime et de délit, la compétence

des juges criminels n'est circonscrite par aucune borne, modifiée par aucune réserve, n'est limitée par aucune exception; que dès qu'un crime ou délit est articulé, les juges criminels peuvent et doivent le rechercher, le poursuivre, le juger dans tous les éléments qui le constituent et en forment la substance [1]. » Ce principe ne reçoit d'exception que dans les cas où ces questions ont été formellement distraites de la juridiction saisie et dévolues à une autre. Telles sont les questions préjudicielles qui sont relatives à l'état et à la filiation des enfants, ou à la propriété des immeubles et aux droits réels dont elle peut être grevée; tel est encore le cas où le fait qui doit être préjudiciellement vérifié constitue un crime ou un délit; car la loi a soumis cette instruction à des règles de procédure et de compétence auxquelles le tribunal correctionnel ne peut déroger. Mais il n'existe aucune exception de cette nature au sujet de la vérification des faits imputés à un préposé quelconque; aucune loi n'a attribué cette vérification à l'administration dont le préposé est le subordonné; aucune loi n'a dépouillé les tribunaux du droit d'apprécier un fait qualifié délit, pour le déléguer dans ce cas à l'administration. La règle générale, la règle du droit commun est donc applicable : le tribunal répressif est compétent pour juger toutes les questions qui se rattachent au fait de la prévention.

On craint les difficultés que peut soulever l'application de cette règle : « Quels moyens aura le tribunal, dit M. Mangin, pour apprécier les faits dénoncés et prendre connaissance des pièces ? Où trouvera-t-il le principe de sa compétence pour statuer sur des actes administratifs [2] ? Cette objection déplace évidemment la question pour lui imposer une solution arbitraire. Le tribunal ne statue point sur des actes administratifs, car il n'a point à apprécier tel ou tel acte de l'administration; sa mission se borne à constater l'acte matériel imputé au préposé; cet acte, il ne doit ni l'apprécier ni le blâmer; il n'a point à le juger; il ne le juge point, il le vérifie. Si l'auto-

1. Rép. vº Bigamie, n. 2.
2. Traité de l'action publique, n. 228.

risation de poursuivre un agent de l'administration est demandée à raison même de la dénonciation, l'autorité administrative a le droit de refuser cette autorisation ; mais le refus ne suffit pas pour que la dénonciation soit considérée comme calomnieuse. Le tribunal saisi de la plainte vérifie le fait comme élément du délit ; de la vérité ou de la fausseté de l'imputation dépend l'existence de la dénonciation calomnieuse ; il le vérifie, non point pour en faire porter la responsabilité soit sur l'administration, soit sur le préposé lui-même, mais uniquement pour apprécier si le dénonciateur a pu puiser dans cet acte, quel qu'il soit, régulier ou irrégulier, une justification, une excuse de sa dénonciation. Il n'y a donc ici ni empiétement, ni excès de pouvoir, ni usurpation des attributions administratives; c'est l'administration elle-même qui fournira les renseignements, mais elle ne décidera pas; elle déposera sur le fait, et le pouvoir judiciaire conservera le droit d'apprécier sa déposition. On demande où se trouve le principe de cette compétence ? Dans l'attribution donnée par la loi à la juridiction correctionnelle de juger le délit de dénonciation calomnieuse ; car comment juger un délit sans avoir les moyens d'en vérifier les éléments ? Le seul point où l'objection acquiert quelque gravité concerne les moyens de vérification : comment le tribunal pourra-t-il contrôler les renseignements de l'administration ? Pourra-t-il exiger la communication de ses documents, la comparution de ses préposés ? Remarquez qu'en général cette sorte d'enquête sera presque toujours inutile, que les renseignements officieusement communiqués par l'administration suffiront pour éclairer la justice ; mais offrirait-elle d'ailleurs de véritables périls ? Quand la publicité accompagne la plupart des actes administratifs, faut-il céler ceux de qui dépend ou l'honneur ou la liberté d'un citoyen ? La sage discrétion des tribunaux n'éloigne-t-elle pas jusqu'à la crainte d'un danger ? Ils ne méconnaîtront jamais les principes qui leur défendent de troubler les agents de l'administration dans l'exercice de leurs fonctions.

1855. Ces motifs, que nous avons dû consigner ici dans un intérêt purement doctrinal, n'ont pas prévalu. La Cour de

cassation, par une jurisprudence invariable, a maintenu la distinction faite en cette matière entre l'élément matériel du délit et l'élément intentionnel, et cette jurisprudence est aujourd'hui trop nettement fixée pour qu'il soit permis de la contester. Il est maintenant établi, dans cette matière spéciale, que la fausseté des faits dénoncés doit être appréciée par l'autorité à laquelle la dénonciation a été adressée, notamment par l'autorité administrative lorsque c'est à elle qu'a été adressée la dénonciation, et que les faits allégués constituent des faits administratifs. C'est une question préjudicielle qui doit être administrativement vidée avant que le délit puisse être jugé [1]. Le principe de la jurisprudence, formulé par de nombreux arrêts, est « que l'appréciation de la vérité et de la fausseté des faits dénoncés, quelle que soit la preuve offerte ou rapportée, n'appartient point aux juges appelés à statuer sur le fond même du délit de dénonciation calomnieuse, et que la décision sur ce point est exclusivement réservée à l'autorité administrative ou judiciaire, investie du droit souverain de tirer des faits dénoncés toutes les conséquences répressives qui, au point de vue pénal ou disciplinaire, peuvent réfléchir contre la personne objet de la dénonciation [2]. »

1856. Au surplus, tout en constatant la jurisprudence de la Cour de cassation, il importe de signaler les restrictions que cette Cour elle-même y a apportées. Ce n'est que lorsque les faits imputés ont été commis par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, et qu'ils constituent des *faits administratifs*, que les tribunaux doivent surseoir au jugement de la dénonciation calomnieuse, jusqu'à ce que l'administration ait déclaré ces faits exacts ou mal fondés. Hors ce seul cas, la règle commune conserve son empire, les tribunaux leur compétence. Ce n'est point à raison de la qualité du fonctionnaire dénoncé, mais à raison de la nature des faits imputés, que l'administration est investie d'une attribution

1. Cass., 9 déc. 1864, Bull. n. 280; 7 août 1868, Bull. n. 188.

2. Cass., 26 déc. 1853, Bull. n. 386; et conf. Cass., 11 déc. 1847, Bull. n. 297; 28 nov. 1851, Bull. n. 490; 26 mars 1852, Bull. n. 110.

judiciaire accidentelle. Cette distinction résulte d'un arrêt de la Cour de cassation portant « que si, conformément aux lois relatives à la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaire, les tribunaux ne peuvent apprécier les faits administratifs sur lesquels porte la dénonciation, l'autorité administrative ne peut elle-même apprécier les faits qui concernent la vie privée de ses agents ; que dès lors ces faits privés rentrent dans la compétence ordinaire de l'autorité judiciaire... ; qu'ainsi, dans l'espèce, c'est à bon droit que le ministre des finances a décidé qu'il n'avait rien à prononcer sur la vérité ou la fausseté des faits, puisqu'ils étaient étrangers aux fonctions du comptable ; que dès lors le tribunal a pu procéder au jugement de la dénonciation calomnieuse [1]. »

Ce n'est ensuite que lorsqu'il y a contestation de la fausseté des faits qu'il y a lieu de surseoir pour les vérifier. Ainsi, il a été décidé « que si, en général, la juridiction correctionnelle, saisie d'une poursuite en dénonciation calomnieuse, est sans qualité pour apprécier la vérité ou la fausseté des faits dénoncés, et doit surseoir jusqu'à ce que ce point ait été décidé par l'autorité à laquelle la dénonciation était adressée, un pareil sursis devient sans objet lorsque le dénonciateur reconnaît lui-même la fausseté des dénonciations qu'elle contient [2]. »

Enfin, ce n'est que lorsque le tribunal correctionnel est réputé incompétent pour apprécier les faits dénoncés, qu'il y a lieu de renvoyer cette appréciation, comme d'une question préjudicielle, à l'autorité compétente ; mais, s'il est déjà saisi de la connaissance de ces faits, qui auraient le caractère d'un délit, et s'il ne statue sur la dénonciation que par suite d'une plainte reconventionnelle du prévenu dénoncé, il n'y a pas lieu de surseoir, puisqu'il se trouve à la fois régulièrement saisi du fait dénoncé et de la dénonciation elle-même. Il a été jugé dans ce sens : « que le tribunal se prononçant d'abord sur la plainte en escroquerie, a déclaré qu'elle était mal fondée ; qu'en statuant ainsi sur la plainte, il a par cela même et

1. Cass., 7 déc. 1833, Devill. et Car., 1834.1.37 ; Journ. du dr. crim., 1838, p. 339.

2. Cass., 21 mai 1841, Bull. n. 149 ; 15 avril 1865, Bull. n. 94.

compétemment vérifié les faits sur lesquels elle se fondait ; que, ces faits ainsi vérifiés, le jugement, statuant sur la demande reconventionnelle, a pu déclarer ces faits mensongers, et se fondant sur ce que le plaignant avait agi dans son intérêt personnel et à dessein de nuire, le reconnaître coupable de dénonciation calomnieuse [1]. »

1857. Ainsi, hors les cas qui viennent d'être mentionnés, le tribunal correctionnel doit surseoir à statuer sur la question préjudicielle de la fausseté des faits dénoncés et renvoyer le jugement de cette question à l'autorité compétente pour la décider.

Quelle est cette autorité ? C'est celle qui est investie du droit d'appliquer aux faits dénoncés les mesures répressives auxquelles ils peuvent donner lieu. Si les faits sont qualifiés crime ou délit par la loi, la fausseté peut résulter soit d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu [2], soit d'un jugement ou arrêt d'acquittement ; si les faits n'ont que le caractère d'un abus de la fonction ou d'une infraction administrative, passible de peines disciplinaires, l'appréciation appartient au fonctionnaire qui prononce ces peines. Il a été successivement décidé que le droit d'apprécier la fausseté des faits dénoncés, quand ces faits ne donnent lieu qu'à des mesures disciplinaires, appartient : — aux évêques, relativement aux prêtres de leurs diocèses [3] ; — aux ministres et aux directeurs généraux des administrations

1. Cass., 30 juin 1855, Bull. n. 238.

2. ** La Cour suprême a décidé « que le droit conféré par la loi au procureur général de faire citer devant la Chambre civile de la Cour d'appel les magistrats désignés dans l'art. 479 Instr. crim., à raison des délits commis hors de leurs fonctions, implique celui d'apprécier la plainte de la partie qui se prétend lésée et de décider s'il y a lieu d'y donner suite ; qu'en refusant d'exercer l'action qui n'appartient qu'à lui, le procureur général prononce sur l'existence et le caractère des faits allégués ; que son refus, constaté par écrit, suffit donc pour autoriser la juridiction correctionnelle à statuer sur la poursuite ; qu'en effet, ce refus doit être, par la nécessité même des choses, considéré comme une ordonnance de non-lieu... » (Cass., 24 avril 1874; Bull. n. 122).

3. Cass., 12 avril 1851, Bull. n. 144.

publiques, relativement aux préposés ou fonctionnaires faisant partie de ces administrations [1]; au ministre de la justice, relativement aux membres de l'ordre judiciaire [2]; — aux chambres de discipline des notaires [3], des avoués [4] et des huissiers, avec l'homologation, quand il y a lieu, du tribunal civil et l'approbation du ministre de la justice, relativement aux notaires, aux avoués et huissiers [5]; — au gouverneur d'une colonie, relativement aux fonctionnaires et préposés de la colonie [6]; aux préfets, relativement à leurs subordonnés [7];— et aussi relativement aux maires [8];— au procureur général, relativement seulement aux magistrats désignés et aux cas prévus dans l'art. 479 du Code d'instruction crimi-

1. Cass., 23 juill. 1835, Bull. n. 298; 25 oct. 1816, J.P.13.653; 11 déc. 1847, Bull. n. 297; 2 sept. 1842, Bull. n. 226.

2. Cass., 20 nov. 1851, Bull. n. 448; 12 mai 1827, J.P.21.433.

3. ** Jugé en ce qui concerne les notaires, que la Chambre des notaires a seule compétence et que « les pouvoirs d'administration et de haute surveillance qui appartiennent au ministre de la justice et l'autorisent à ordonner des poursuites disciplinaires contre les notaires ne doivent pas être confondus avec les attributions juridictionnelles nécessaires pour prononcer sur la question préjudicielle de vérité ou de fausseté des faits dénoncés. » (Cass., 24 avril 1874; Bull. n. 122. — 13 février 1881; Bull. n. 48.)— Jugé que lorsque la Chambre des notaires est saisie par son syndic sur l'invitation du procureur de la République et en exécution du jugement du tribunal correctionnel, la procédure à suivre est réglée par l'art. 17 de l'ordonnance du 4 janv. 1843 (Cass., 29 mai 1875; Bull. n. 166).

4. ** Jugé en ce qui concerne les avoués, « qu'il appartenait au Garde des sceaux, ministre de la justice, à qui la dénonciation avait été adressée, d'apprécier souverainement les faits aux termes des art. 102, 103 et 104 du décret du 30 mars 1808 (Cass., 6 janv. 1876; Bull. n. 3; 28 avril 1878; Bull. n. 111; 10 août 1882. Bull. n. 203).

5. Cass., 18 sept. 1830, J.P.20.799; 20 mars 1852, Bull. n. 106; 26 avril 1856, Bull. n. 164; 23 janv. 1858, Bull. n. 18; 13 sept. 1860, Bull. n. 217; 29 déc. 1870, Bull. n. 200; 24 juin 1870, Bull. n. 132; 15 nov. 1867, Bull. n. 230.

6. Cass., 27 mars 1852, Bull. n. 111; 22 mai 1852, Bull. n. 163.

7. Cass., 21 mars 1861, Bull. n. 61; 11 sept. 1817, J.P., à sa date.

8. Cass., 11 déc. 1847, Bull. n. 297; 9 nov. 1860, Bull. n. 220; 6 juin 1867, Bull. n. 137.

nelle [1]; — au président et au bureau d'une société de secours mutuels, relativement à un membre de cette société [2].

1858. Quelle doit être la forme de cette décision sur la vérité ou la fausseté des faits dénoncés ? Il est clair, et nous avons déjà dit que, si ces faits sont qualifiés crime ou délit, il faut une ordonnance du juge d'instruction ou un arrêt de la chambre d'accusation, devenus définitifs et déclarant qu'il n'y a lieu à suivre [3], soit parce que les faits sont faux [4], soit parce qu'il n'est pas établi que la personne dénoncée en soit l'auteur ou le complice [5]. Cette ordonnance ou cet arrêt suffit pour établir cette fausseté, si le jugement qui statue sur la dénonciation a omis de la constater [6]; et le prévenu de dénonciation calomnieuse n'est pas admis à alléguer que, depuis l'instruction close, de nouvelles charges seraient survenues, à moins qu'il ne les établisse de manière à justifier un sursis [7]. Si les faits ne peuvent donner lieu qu'à des mesures administratives ou disciplinaires, la décision n'est assujettie à aucune forme spéciale. Si l'imputation concerne un notaire, un avoué ou un huissier, l'appréciation doit résulter d'une délibération de la chambre de discipline, régulièrement ap-

1. Cass., 16 déc. 1853, Bull. n. 586.

2. Cass., 10 juill. 1858, Bull. n. 197. — ** Au conservateur des forêts relativement à des faits imputés à un garde et de nature à motiver seulement des mesures disciplinaires (Cass., 27 juill. 1872; Bull. n. 193); — Au commandant de la compagnie relativement aux faits purement disciplinaires imputés à des gendarmes (Cass., 13 avril 1876; Bull. n. 105); mais il en serait autrement si les faits dénoncés avaient un caractère plus grave que celui de faute disciplinaire (Cass., 29 octobre 1886; Bull. n. 361). — Au ministre de la guerre relativement aux faits délictueux dénoncés à la charge de militaires, encore bien qu'ils ne fassent plus partie de l'armée à l'époque de la dénonciation, s'ils étaient en activité de service à l'époque où les faits auraient été commis (Cass., 4 février 1882; Bull. n. 37).

3. Cass., 2 mai 1834; 8 août 1835, Bull. n. 314.

4. Cass., 19 juin 1832, Bull. n. 204.

5. Cass., 4 nov. 1843, Bull. n. 274.

6. Cass., 15 avril 1859, n. 97.

7. Cass., 11 mars 1819, 2 août 1822 et 18 avril 1823, J.P., à leur date.

prouvée [1]. Si elle concerne un fonctionnaire ou préposé d'une administration publique, elle peut être produite soit sous la forme d'un arrêté [2], soit même sous celle d'une simple lettre [3], soit sous la forme d'une approbation donnée par un préfet à un rapport d'un sous-préfet [4]. Ce qui est nécessaire, c'est qu'elle soit expresse, catégorique, revêtue d'un caractère officiel et constatée par écrit [5]. Ainsi, il ne suffirait pas qu'il n'eût été donné aucune suite à la dénonciation, et qu'elle eût été considérée comme mensongère, il faut que son caractère de fausseté soit établi par un acte formel qui sur ce point a la forme d'un véritable jugement [6].

1859. Nous arrivons enfin au deuxième élément de la calomnie ; cet élément, *c'est l'intention de nuire*. La juridiction correctionnelle reprend ici son autorité [7]; dès que, soit par suite du sursis, soit par l'aveu du prévenu, soit parce qu'elle se trouve exceptionnellement saisie de la connaissance du fait dénoncé en même temps que de la dénonciation, la fausseté de ce fait est régulièrement établie, il appartient exclusivement à cette juridiction d'apprécier la moralité de la dénonciation, l'intention du dénonciateur. Cette appréciation est souveraine et échappe, par conséquent, à toute censure. Ainsi, dans une espèce où le juge d'appel avait renvoyé le prévenu en déclarant qu'il avait eu des motifs raisonnables de dénoncer les faits, quoiqu'il les eût mal qualifiés, et que sa manière d'agir n'avait point le caractère d'une dénonciation calomnieuse, le pourvoi a été rejeté : « attendu que l'arrêt n'a point reconnu que le pré-

1. Cass., 20 nov. 1851, Bull. n. 488 ; 23 janv. 1858, Bull. n. 18.

2. Cass., 9 nov. 1860, Bull. n. 229.

3. Cass., 26 mai 1832, J. P.24.1102 ; 17 sept. 1846, Bull. n. 251 ; 11 déc. 1847, Bull. n. 297.

4. Cass., 16 août 1867, Bull. n, 193.

5. Cass., 16 déc. 1853, Bull. n. 586.

6. Cass., 15 oct. 1832, J.P., à sa date ; 28 nov. 1851, Bull.n.499; 16 déc. 1853, Bull. n. 586.

7. V. Cass., 6 janvier 1876, Bull. n. 3.

venu eût agi méchamment et à dessein de nuire ; qu'en ce faisant, la Cour d'appel n'a fait qu'user du droit qui appartient aux tribunaux correctionnels d'apprécier l'intention des prévenus ; que cette appréciation morale échappe à la censure de la Cour de cassation [1]. » Mais il n'en serait plus ainsi si l'intention était écartée par une raison de droit, par exemple si la décision était fondée sur l'intérêt du dénonciateur à révéler le fait, ou sur le privilége résultant de l'art. 23 de la loi du 17 mai 1819 [2], ou sur le caractère inoffensif du fait. Dans le premier cas, il y aurait lieu de décider que le seul intérêt que le prévenu peut avoir dans une affaire ne peut justifier la dénonciation, dès qu'elle est reconnue calomnieuse [3]. Dans le second, la Cour de cassation devrait également apprécier si la dénonciation s'est produite dans un écrit ayant le caractère d'un mémoire sur procès, si ce mémoire a été produit devant la juridiction saisie, enfin si le fait dénoncé est imputé à l'une des parties ou à un tiers étranger au procès [4]. Enfin, dans le troisième cas, il y aurait lieu d'apprécier si le peu de fondement de la dénonciation peut lui servir d'excuse, par exemple, dans une espèce où la dénonciation avait pour objet un faux, s'il y a lieu de fonder une excuse sur ce que les traits altérés de l'acte n'ont ni la forme ni le caractère d'une écriture [5]. Ce sont là des points de droit qui doivent être examinés, lors même que leur décision sert de fondement à la déclaration relative à l'intention.

1860. Maintenant que faut-il entendre par l'intention criminelle en matière de dénonciation ? Il ne s'agit pas seulement ici de la volonté de porter préjudice à la personne dénoncée ; cette volonté est légitime toutes les fois que le dénonciateur croit de bonne foi à l'existence du délit ; car la loi

1. Cass., 12 oct. 1850, Bull. n. 359.— ** V. aussi Cass., 17 février 1877 ; Bull. n. 53 ; — 4 août 1881, Bull. n. 189.

2. ** Aujourd'hui de l'art. 41 de la loi du 29 juillet 1881.

3. Cass., 21 mars 1861, Bull. n. 61.

4. Même arrêt, et Cass., 1er mars 1832, Bull. n. 62.

5. Cass., 8 juin 1844, Bull. n. 202.

elle-même fait alors un devoir de la dénonciation. Il s'agit de la volonté de nuire par la dénonciation, avec la conscience que le fait dénoncé est faux, de l'intention de faire porter sur une personne qu'on sait innocente une accusation qu'on sait fausse, *quando quis sciens aut scire debens aliquem esse innocentem, proponit contrà eum accusationem aut querelam* [1]. Toute la moralité de la dénonciation, tout le délit est dans l'existence de cette intention de nuire qui a dû animer le dénonciateur : *Calumniatores appellati sunt*, dit la loi romaine, *quia per fraudem et frustationem alios vexarent litibus* [2]. Il ne suffit donc pas que l'accusation soit téméraire et indiscrète, il faut que le dénonciateur sache qu'elle n'est pas fondée, *calumniare est falsa crimina intendere* [3]. Il ne suffit pas que la preuve des faits dénoncés ne soit pas faite, *non utique qui 'non probat quod intendit, protinùs calumniari videtur* [4] ; il faut que le dénonciateur ait été poussé par un esprit de haine ou de vengeance.

Cette doctrine est formellement consacrée par un arrêt qui porte : « que la dénonciation, lors même que la fausseté des faits dénoncés a été reconnue, ne peut prendre le caractère du délit prévu par l'art. 373 qu'autant qu'elle a été déclarée calomnieuse ; qu'une dénonciation n'est calomnieuse que lorsqu'elle a été faite méchamment et à dessein de nuire ; que l'arrêt attaqué s'est borné à déclarer que les prévenus ont fait une dénonciation *extrêmement grave et offensante* aux officiers de justice contre la femme Martin, qu'ils ont accusée de vol et d'attentat à la pudeur ; qu'il n'a point ajouté que cette dénonciation avait été faite de mauvaise foi et avec une intention coupable ; qu'il suit de là que l'un des éléments essentiels du délit n'a point été constaté et que l'arrêt a fait une fausse application de l'art. 373 [5]. »

1. Julius Clarus, Prax. crim., quæst. 162, num. 4.

2. L. 133, Dig. de verborum significatione.

3. L. 1, § 1, Dig. ad sen. cons. Turpillianum.

4. L. 1, § 3, Dig. eod. tit.

5. Cass., 10 nov. 1853, Bull. n. 537 ; 4 mars et 15 avril 1859, Bull. n. 72 et 97 ; 9 déc. 1864, Bull. n. 280. — ** Comp. Cass., 21 mars 1884 ; Bull. n. 99.

1861. Les anciens auteurs établissaient comme une règle générale en cette matière, que la mauvaise foi du dénonciateur doit être présumée quand le fait dénoncé se trouve faux: *Accusator, eo ipso quod non probet suam accusationem, præsumitur calumniari* [1]; mais cette présomption, qui ne doit d'ailleurs être considérée que comme un simple indice du délit, est sujette à de graves restrictions. Le dénonciateur, en effet, se trouve justifié toutes les fois qu'il y a eu une *cause légitime* d'intenter son action. Cette cause exclut la mauvaise foi; il a pu se tromper, mais son erreur n'est pas un délit. Cette règle était consacrée par les Pandectes. Le calomniateur était absous s'il prouvait qu'une juste erreur l'avait égaré, *si quidem justum ejus errorem repererit, absolvit eum* [2]. Le Code de Justinien reproduisait cette exception de défense dans des termes non moins explicites : *Non si reus absolutus est ex eo solo etiam accusator, qui potest justam habuisse veniendi ad crimen rationem, calumniator credendus est* [3]. Tous les auteurs ont admis ce principe; tous déclarent l'accusateur justifié dès qu'il a pu croire sa plainte fondée, *cùm habuit justum litigandi causam* [4].

Notre législation même l'a recueilli. L'art. 358 du Code d'instruction criminelle contient cette disposition : « L'accusé *acquitté* pourra obtenir des dommages-intérêts contre ses dénonciateurs *pour fait de calomnie.* » Ainsi, d'abord, l'accusé ne peut obtenir des dommages-intérêts que lorsqu'il est *acquitté*, et non lorsqu'il n'est qu'absous: l'absolution suppose une juste cause d'accusation. Ainsi, lors même qu'il ne s'agit que d'une condamnation à des dommages-intérêts, la loi n'a point voulu frapper le dénonciateur, à moins qu'il n'ait calomnié; sa dénonciation, même légère, même téméraire, ne le soumet à aucune responsabilité, pourvu qu'il l'ait portée de bonne foi, pourvu qu'il ait agi d'après une juste cause. La

1. Julius Clarus, Prax. crim., quæst. 2, n. 6.

2. L. 1, § 3, Dig. ad sen. cons. Turpillianum.

3. L. 3, au Cod. de calumniatoribus.

4. Covarruvias, Pract. quæst. cap. 27, n. 3; Farinacius, quæst. 16 num. 13; Julius Clarus, Pract. crim., quæst. 62, num. 6.

Cour de cassation a consacré cette interprétation en déclarant « que si, par une dérogation au droit commun, les Cours d'assises sont autorisées à prononcer sur les demandes en dommages-intérêts qui ont leur base dans les dénonciations juridiques, elles ne peuvent prononcer la condamnation que lorsque, conformément à l'art. 373 du Code pénal, la dénonciation juridique a été calomnieuse, de mauvaise foi et à dessein de nuire [1]. » Un autre arrêt de la même Cour répète encore « que, pour que les inculpations qui, dirigées contre des individus dénoncés dans une dénonciation faite à la justice, ont donné lieu contre eux à des poursuites criminelles, puissent, lorsque leur fausseté est reconnue par l'événement du procès, motiver une condamnation de dommages-intérêts contre les dénonciateurs, il faut qu'on ne puisse les imputer qu'à la méchanceté et au dessein coupable de nuire, et qu'elles offrent ainsi les caractères du délit de calomnie ; qu'une dénonciation peut être fausse sans être calomnieuse, puisqu'elle peut, malgré sa fausseté, ne présenter aucun des caractères qui constituent le délit de calomnie ; qu'elle peut aussi avoir été fondée sur des indices suffisants, pour qu'il en résulte que l'auteur de la dénonciation a eu de justes motifs de la faire [2]. » On peut considérer comme des causes légitimes d'erreur tous les indices qui ont pu paraître suffisants pour rendre le fait dénoncé probable. Farinacius cite comme exemple le cas où la dénonciation s'appuie sur la déclaration d'un témoin qui depuis s'est rétracté [3]. Julius Clarus considère comme une cause également juste un grave sujet de douleur : ainsi, le fils qui poursuit la vengeance de la mort de son père est excusable s'il dirige mal sa plainte [4]. La mauvaise réputation même de la personne qui a été mise en jugement peut excuser celui qui a porté plainte [5]. On peut appliquer à ce cas parti-

1. Cass., 30 déc. 1813, S.4.497 ; J.P.11.859.
2. Cass., 23 mars 1821, Bull. n. 42.
3. Farinacius, quæst. 16, num. 49.
4. Julius Clarus, quæst. 62, num. 6 ; Farinacius, quæst. 16, num. 156.
5. Farinacius, quæst. 16, num. 61.

culier une maxime de Cicéron qui ne doit point, du reste, servir de règle aux poursuites du ministère public : qu'il vaut mieux juger un innocent et l'absoudre, que de ne pas mettre en jugement un coupable. *Si innocens accusatus sit, absolvi potest ; nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest. Utilius autem est absolvi innocentem, quàm nocentem causam non dicere* [1].

1862. Le principe que nous venons de développer peut ainsi se résumer : La mauvaise foi est de l'essence du délit ; tout ce qui tend à la faire disparaître efface le délit lui-même. Mais ici se présente une difficulté. La mauvaise foi a-t-elle, dans la dénonciation d'office, les mêmes effets que dans la dénonciation spontanée ? En d'autres termes, le fonctionnaire public qui, dans l'exercice de ses fonctions, a méchamment imputé un délit à un citoyen, est-il passible des peines de l'art. 373 ?

Le doute naît de ce que l'art. 358 du Code d'instruction criminelle, après avoir déclaré que l'accusé acquitté peut obtenir des dommages-intérêts pour fait de calomnie, ajoute : « Sans néanmoins que les membres des autorités constituées puissent être ainsi poursuivis à raison des avis qu'ils sont tenus de donner, concernant les délits dont ils ont cru acquérir la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, et sauf contre eux la demande en prise à partie, s'il y a lieu. » Et si l'on remonte à l'origine de cette disposition, on voit, dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat, que l'intention du rédacteur du Code a été, ainsi que l'attestent les paroles de M. Treilhard, « que l'art. 358 ne fût applicable qu'aux particuliers qui se portent spontanément pour dénonciateurs, mais qu'il ne concernât pas les fonctionnaires publics, qui sont dénonciateurs d'office ; enfin, que si les autorités publiques qui ont dénoncé ont agi méchamment et calomnieusement, l'accusé les prenne à partie [2]. » Mais, quelque absolus que soient ce texte et ces expressions, ils ne tranchent point notre question. En effet, il s'agit de faire une exception, en faveur des fonctionnaires

1. Pro Roscio, num. 56.
2. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 7 vendémiaire an XIII.

publics agissant dans leurs fonctions, à la disposition de l'article 373 du Code pénal ; il s'agit de déclarer que, commis par eux, le délit prévu par cet article cesse d'être un délit : or l'art. 358 et la discussion ouverte sur son texte ne s'appliquent qu'aux réparations civiles que l'accusé acquitté peut demander. On ne peut donc fonder sur cette disposition aucune exception relative à l'application de la peine ; elle n'exclut en aucune manière la poursuite du délit ; et dès lors, quand la dénonciation émanée d'un officier public en présente les caractères, elle est soumise, comme toute dénonciation privée, aux peines prononcées par la loi. Cette interprétation a été consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation [1] ; le second de ces arrêts déclare formellement : « que l'art. 358 du Code d'instruction criminelle ne se rapporte qu'aux réparations civiles que l'accusé acquitté peut réclamer contre ses dénonciateurs ; que s'il décide qu'il ne pourra en obtenir contre les membres des autorités constituées à raison des avis qu'ils sont tenus de donner concernant les délits dont ils ont cru acquérir la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, sauf contre eux la demande en prise à partie s'il y a lieu, cette disposition n'exclut pas la voie de la plainte, et n'interdit point à la partie publique le droit de se pourvoir au nom de la société, dans le cas où les dénonciations faites par des membres des autorités constituées seraient calomnieuses, dans le sens de l'art. 373 du Code pénal ; que les expressions de ce dernier article sont générales et n'admettent aucune exception ; que les garanties que le législateur a jugé devoir accorder aux magistrats, dans l'intérêt de l'Etat, sont déterminées par les art. 479 et suivants du Code d'instruction criminelle ; que ces garanties consistent dans le mode de la poursuite et du jugement des magistrats, et non dans l'impunité de l'abus qu'ils auraient fait de leurs fonctions. ».

1863. En développant les caractères de la dénonciation calomnieuse, nous avons vu que le délit renfermait trois éléments distincts : qu'il fallait qu'une dénonciation régulière

1. Cass., 10 oct. 1816 et 12 mai 1827, Journ. du pal., 3e édit., t. 11, p. 1 ; Devill. et Car., Coll. nouv., 5, p. 240, et Bull., p. 414.

eût été faite, que cette dénonciation eût été remise aux mains d'un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, enfin qu'elle fût calomnieuse. Nous avons recherché ensuite les éléments de la calomnie, et nous avons posé en principe qu'une dénonciation n'est réputée calomnieuse qu'autant qu'elle réunit ces deux conditions : la fausseté des faits imputés, et la mauvaise foi du dénonciateur. C'est dans ces règles simples et claires que se résume une matière qui a soulevé de graves difficultés et donné lieu à de longues discussions [1].

1864. La dénonciation calomnieuse admet, comme tout autre délit, la complicité ; mais il faut discerner avec soin, pour l'application des règles spéciales à ce délit, si les prévenus sont coauteurs ou complices ; et il a été décidé « qu'il appartient toujours aux tribunaux de distinguer, dans les actes de complicité, ceux qui, extrinsèques à l'acte coupable, tendent à en préparer, faciliter et réaliser la consommation, et ceux qui, par la simultanéité d'action et l'existence réciproque, constituent la perpétration même ; que ce principe, applicable pour tout délit en général, l'est aussi pour le délit de dénonciation calomnieuse [2]. » Lorsque les prévenus sont coauteurs, il est nécessaire que la fausseté des faits et la mauvaise foi de la dénonciation soient reconnues à l'égard de chacun [3] ; il a même été admis que, même à l'égard du complice, la fausseté des faits ne peut lui être opposée, quand elle n'est constatée que par l'aveu de l'auteur principal [4]. »

1865. Quelques tribunaux ont appliqué, à titre de peines accessoires, soit la privation des droits civiques, soit l'affiche du jugement. L'art. 374, qui prononçait la première de ces

1. ** Ajoutons, avec la Cour suprême, que l'action du ministère public pour la répression d'un délit de dénonciation calomnieuse n'est pas subordonnée à la plainte préalable de la personne dénoncée (Cass., 27 mars 1879 ; Bull. n. 71).

2. Cass., 13 sept. 1860, Bull. n. 217.

3. Cass., 9 nov. 1860, Bull. n. 220.

4. Même arrêt.

peines, a été abrogé par l'art. 26 de la loi du 17 mai 1819, et par conséquent il n'y a plus lieu de l'appliquer [1]. Quant à l'affiche, aucune disposition de la loi ne permet de la prononcer, et dès lors son application constituerait une peine illégale et arbitraire [2].

1. Cass., 12 août 1842, Bull. n. 201.

2. Cass., 7 fév. 1857, Bull. n. 52. — ** Toutefois, l'affiche nous semblerait pouvoir être ordonnée à titre de dommages-intérêts. — L'art. 165 du Code pénal allemand porte : « En cas de condamnation pour fausse dénonciation, le tribunal autorisera la partie lésée à publier le jugement aux frais du condamné. Le mode et le délai de cette publication seront déterminés par le jugement. Une expédition du jugement sera délivrée à la partie lésée aux frais du coupable. »

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME QUATRIÈME.



CHAPITRE XLVII.

DES MENACES.

(*Commentaire des art.* 305, 306, 307, *et* 308 *et* 436 *du Code pénal*)

CHAPITRE XLVIII.

DES COUPS ET BLESSURES VOLONTAIRES.

(*Commentaire des art.* 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315 *et* 316 *du Code pénal.*)

CHAPITRE XLIX.

DE L'AVORTEMENT ET DES MALADIES ET ACCIDENTS OCCASIONNÉS PAR L'EMPLOI DES SUBSTANCES NUISIBLES A LA SANTÉ.

(*Commentaire des art.* 317 *et* 318 *du Code pénal*).

§ Ier. — *De l'avortement.*

§ II. — *Maladies et accidents occasionnés par l'emploi de substances nuisibles à la santé.*

§ III. — *Vente de boissons nuisibles.*

CHAPITRE L.

DE LA FABRICATION, DE LA VENTE ET DU PORT DES ARMES PROHIBÉES.

(*Commentaire des art.* 314 *et* 315 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LI.

DE L'HOMICIDE ET DES COUPS ET BLESSURES INVOLONTAIRES.

(*Commentaire des art.* 319 *et* 320 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LII.

DE L'EXCUSE DE LA PROVOCATION.

(*Commentaire des art.* 321, 322, 323, 324 *et* 325 *du Code pénal.*)

§ Ier. — *De la provocation par coups et violences.*

§ II. — *De la provocation résultant d'un violent outrage à la pudeur.*

§ III. — *De la provocation resultant d'une attaque faite pour pénétrer dans une maison pendant le jour.*

§ IV. — *De la provocation considérée comme excuse du meurtre de l'un des époux sur l'autre.*

CHAPITRE LIII.

DE L'HOMICIDE LÉGAL ET DE L'HOMICIDE LÉGITIME.

(*Commentaire des art.* 327, 328 *et* 329 *du Code pénal*).

§ III. — *De l'homicide commis en repoussant des attaques nocturnes.*

CHAPITRE LIV.

DES ATTENTATS AUX MŒURS. — DE L'OUTRAGE PUBLIC A LA PUDEUR.

(*Commentaire de l'art.* 330 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LV.

DE L'EXCITATION A LA DÉBAUCHE ET A LA CORRUPTION DES MINEURS.

(*Commentaire des art.* 334 *et* 335 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LVI.

DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR SANS VIOLENCE.

(*Commentaire de l'art.* 331 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LVII.

DE L'ATTENTAT A LA PUDEUR AVEC VIOLENCE ET DU VIOL.

(*Commentaire des art.* 332 *et* 333 *du Code pénal*).

§ Ier. — *De l'attentat à la pudeur avec violence.*

§ II. — *Du viol.*

§ III. — *Circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol.*

CHAPITRE LVIII.

DE L'ADULTÈRE.

(*Commentaire des art.* 336, 337, 338 *et* 339 *du Code pénal.*)

§ Ier. — *Caractères du délit d'adultère.*

§ II. — *De l'exercice de l'action.*

§ III. — *Des fins de non-recevoir*.

§ IV. — *De la preuve de l'adultère.*

§ V. *Des peines de l'adultère.*

CHAPITRE LIX.

DE LA BIGAMIE.

(*Commentaire de l'art.* 340 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LX.

DES ARRESTATIONS ET SÉQUESTRATIONS DE PERSONNES PAR DES PARTICULIERS.

(*Commentaire des art.* 341, 342, 343 *et* 344 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LXI.

DE LA SUPPRESSION DE PART OU D'ENFANT.

(*Commentaire des art.* **345, 346, 347** *et* **348** *du Code pénal.*)

CHAPITRE LXII.

DE L'EXPOSITION D'ENFANT.

(Commentaire des art. 349, 350, 351, 352 *et* 353 *du Code pénal.)*

CHAPITRE LXIII.

DE L'ENLÈVEMENT DES MINEURS.

(Commentaire des art. 354, 355, 356 *et* 357 *du Code pénal.)*

CHAPITRE LXIV.

INFRACTIONS AUX LOIS SUR LES INHUMATIONS.

(*Commentaire des art.* 358, 359 *et* 360 *du Code pénal.*)

§ Ier. — *Infractions aux lois et règlements sur les inhumations.*

§ II. — *De la subornation de témoins.*

§ III. — *Du faux serment en matière civile.*

CHAPITRE LXVI.

DE LA DÉNONCIANION CALOMNIEUSE.

(*Commentaire de l'art. 373 du Code pénal.*)

FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES ARTICLES



Caen — Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

